

Colección

Temas de actualidad jurídica

**Prolegómenos para una
interpretación epistemológica
del estándar de prueba en el
proceso penal**

Miguel Ángel Muñoz García

**Prolegómenos para
una interpretación
epistemológica del estándar
de prueba en el proceso
penal**

Miguel Ángel Muñoz García

Temas de actualidad jurídica

Muñoz García, Miguel Ángel

Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal. Miguel Ángel Muñoz García - Bogotá: Universidad Manuela Beltrán, 2018.

68 p.: ilustraciones, tablas, gráficas – (Colección temas de actualidad jurídica); [versión electrónica]

Incluye bibliografía

ISBN: 978-958-5467-69-9

1. Derecho penal 2. Prueba (Derecho) 3. Procedimiento penal.

345.07 cd 21 ed.

CO-BoFUM

Catalogación en la Publicación – Universidad Manuela Beltrán.

Autoridades Administrativas

Juan Carlos Beltrán Gómez

Gerente

Juan Carlos Tafúr Herrera

Secretario general

Autoridades Académicas

Alejandra Acosta Henríquez

Rectora

Juan Carlos Tafúr Herrera

Vicerrector académico (E)

Fredy Alberto Sanz Ramirez

Vicerrector de Investigaciones

Hugo Herley Malaver Guzmán

Vicerrector de calidad

Danny Julián Quintana Torres

Decano de la facultad de derecho

Rafael Andrés Baéz Gutiérrez

Secretario académico

Robinson Hernández Torres

Diseño y diagramación

Universidad Manuela Beltrán



UMB
UNIVERSIDAD
MANUELA BELTRÁN

Temas de actualidad jurídica

Colección

Temas de actualidad jurídica

Temas de actualidad jurídica es una colección en la que se analizan los temas que están a la vanguardia jurídica y que, por tanto, representan las tendencias actuales del Derecho. Las voces que participan en estos textos son las de académicos e intelectuales que dedican sus días a investigar, reflexionar, analizar y proponer todo tipo de soluciones, hipotéticas o no, para nuestro sistema jurídico.

Como institución académica consideramos necesario que el estudio del Derecho sea sincrónico, ya que a partir de la descripción y la comparación del estado de los sistemas jurídicos en un determinado corte de tiempo, refleja con mucha más nitidez las coyunturas lo que nos permitirá avizorar de forma temprana los cambios a los que nos enfrentamos.

El lector encontrará en esta colección, temas tanto interesantes como impactantes, pues más allá de ser temas coyunturales, la profundidad con la que se abordan le brindan herramientas al jurista de ayer y de hoy, para contextualizarse en el tiempo que habita.

Luis Eduardo Serrano Rincón
Coordinador

Temas de actualidad jurídica

Contenido

Introducción	9
Elementos de una valoración racional de la prueba	11
Características del contexto que le sirve al juez para la toma de decisiones	13
Momentos de la valoración probatoria	15
Conformación del conjunto de elementos de juicio	15
Valoración de los elementos de juicio	18
Adopción de la decisión	19
Elementos para una decisión racional sobre los hechos	19
Momento de formación del conjunto de los elementos de juicio. La relevancia probatoria como filtro para la admisión de las pruebas	19
Momento de valoración	21
Orígenes del beyond a reasonable doubt	29
Interpretaciones sobre el significado del beyond a reasonable doubt	33
La teoría de la probabilidad inductiva para interpretar el beyond a reasonable doubt	39
El estándar de conocimiento más allá de duda razonable en el derecho procesal colombiano	47
Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia	49
Conclusiones	61
Bibliografía	63

Temas de actualidad jurídica

Introducción

Esta obra, pretende plantear unos prolegómenos encaminados a fundamentar una propuesta alternativa de lectura del “conocimiento más allá de duda razonable”, previsto en el Código de Procedimiento Penal colombiano (artículos 7, inciso 4º y 372), desde conceptos tomados de la epistemología, y que han servido para fundamentar algunos parámetros de valoración racional de la prueba. Para tal propósito, se explica, en primer lugar, el contexto de la toma de decisiones judiciales, y las etapas principales que recorre la actividad probatoria, para llegar, finalmente, a la fase de valoración, en la que resulta clave, a partir de la teoría de la probabilidad inductiva, aplicar algunos presupuestos teóricos dirigidos a que el juez adopte la decisión sobre los hechos. Posteriormente, se hace una contextualización histórica del estándar *beyond a reasonable doubt* en la jurisprudencia y doctrina norteamericanas, y se explica la necesidad apremiante de aplicar criterios externos al juzgador, propios de la probabilidad inductiva e intersubjetivamente controlables, con el fin de valorar las pruebas y construir un estándar que permita considerar demostrada la hipótesis de la acusación, o la razonabilidad de la duda para absolver. Se analizan las propuestas del estándar de prueba en materia penal, para, finalmente, examinar una propuesta de interpretación del criterio más allá de duda razonable, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Criterios como la eliminación de las hipótesis alternativas, la confirmación de las hipótesis en disputa, la convergencia de todas las pruebas y su pertinencia para la demostración de la hipótesis, resultan importantes para conjurar el riesgo de arbitrariedad en el juzgamiento penal. Han sido el producto de una larga reflexión, empezando por la obra de Michelle Taruffo, probablemente el procesalista más importante del siglo XX, porque tuvo en mente la propuesta de conceptualizar una teoría de la valoración racional de la prueba, a partir de los aportes de la probabilidad inductiva del filósofo inglés Laurence J. Cohen, y de otros juristas, quienes encaminaron sus reflexiones en ese sentido y han intentado, durante varias décadas, contribuir a la actividad judicial de valoración probatoria, mediante propuestas que no insisten en comentar la letra de los códigos procesales sobre medios de prueba -cuestión infructuosa-, sino en revisar los aportes de la epistemología contemporánea para plantear sugerencias de valoración racional, y estándares de prueba que permitan decisiones judiciales mucho más asertivas y consistentes. La valoración de la prueba se encuentra abierta a los posibles excesos de la subjetividad del juez, lo

que, justamente, ha suscitado una preocupación histórica por identificar algún estándar idóneo para conjurar o limitar ese riesgo.

Se considera en el texto, con fundamento en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, una interpretación del estándar *más allá de toda duda razonable*, según la cual, la hipótesis de la acusación deberá tenerse por demostrada, solamente si ha sido plenamente confirmada en pruebas legalmente solicitadas, decretadas y practicadas en el proceso, y es imposible plantear una hipótesis compatible con la inocencia del acusado, bien sea porque ésta se ha eliminado o refutado, en el transcurso del juicio con todas las garantías. Con esta postura, se considera que se racionaliza la justificación de la sentencia penal, haciéndola probablemente mucho más asertiva, rigurosa e intersubjetivamente controlable.

Elementos de una valoración racional de la prueba

En primer lugar, para sustentar la hipótesis que se defiende en este texto, es necesario hacer una contextualización del concepto de valoración que se considera el más apropiado para aplicar la propuesta epistemológica de interpretación del *beyond a reasonable doubt*.

La averiguación de la verdad, es el objetivo institucional de la actividad probatoria. Si el derecho sirve como mecanismo de motivación de conductas, y si solo los ciudadanos tendrán motivos para actuar conforme a derecho si las consecuencias jurídicas previstas en las normas para ciertas acciones, se aplican efectivamente, es claro que la averiguación de la verdad es el fin institucional prioritario del proceso, por lo que debe tener preferencia. Según esto, se debe acoger una concepción de la verdad como correspondencia, en donde la aplicación de la norma que prevé una consecuencia jurídica, dado cierto hecho, exige que se haya producido ese hecho, es decir, que los enunciados fácticos que se declaran probados en un proceso judicial, tengan correspondencia con lo ocurrido en el mundo exterior. De este modo, un enunciado fáctico será aceptable como verdadero, si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente (Ferrer, 2007, pp. 29-32).

La verdad sobre los hechos, entonces, no es el resultado de una actividad misteriosa acaecida internamente en la mente del juez, sino que es el resultado de una actividad epistemológica que implica varias etapas: selección de información, verificación de su confiabilidad, análisis de su relevancia y formulación de inferencias lógicamente válidas, que llevan a soluciones racionalmente justificadas. Se trata de un procedimiento verificable de forma intersubjetiva (Taruffo, 2017, p. 49).

Bajo una concepción racionalista de la prueba -en contraposición a la persuasiva, en la cual predomina la íntima convicción y una fuerte predilección en el principio de inmediación-, la valoración de la prueba se realiza bajo el método científico de la corroboración y refutación de hipótesis, se defiende muy limitadamente el principio de inmediación, se hace hincapié en una fuerte exigencia de motivación y se exige un sistema de recursos para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores (Ferrer, 2007, pp. 64-65).

Se asume una concepción racionalista de la decisión judicial, cuando se aplica el principio, ya indicado por Bentham, según el cual se deberían admitir todas las pruebas relevantes, ya que el empleo de todas ellas maximiza las probabilidades de que se llegue, al final, a una reconstrucción veraz de los hechos. Pero un ordenamiento que contiene numerosas reglas de exclusión sobre pruebas relevantes, no se inspira en una concepción racional de la decisión, por lo que Bentham fue muy crítico del derecho de la prueba (Ferrer, 2007, p. 70).

Sin embargo, no fue Bentham un abolicionista radical del derecho probatorio. Para él, las reglas de procedimiento debían tender a la celeridad, a la economía y a la eliminación de obstáculos inocuos. El juez debe ser libre de apreciar los medios de prueba, según su propia razón, sin reglas previas que lo puedan constreñir a fallar en contra de su íntima persuasión, y en contra de lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos. No obstante, para el jurista inglés, de esto no se colige la necesidad de abolir todas las formas, y de no tener otra regla que la voluntad de los jueces; más bien, se deben evitar las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su convicción y que hacen del procedimiento, el enemigo de la ley sustantiva (2008, p. 4).

Que el juez pueda usar su propia razón para valorar las pruebas judiciales, es una condición indispensable para la corroboración de la verdad de los hechos. No puede interpretarse el principio del libre convencimiento del juez desde la óptica de la *intime conviction*, en donde la decisión es fruto de la persuasión interior, incontrolable, subjetiva e imposible de indagar. Desde una perspectiva racionalista de la decisión, se exige que el juez motive, que brinde una justificación racional de su propia decisión.

La verdad se concibe como aproximación de la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica o histórica. La concepción correspondentista de la verdad, según Taruffo, es la más apropiada para el proceso, ya que exige que se corrobore, con base en las pruebas disponibles, si efectivamente se verificaron en el mundo externo (que se asume existente y cognoscible) los hechos de los que depende la subsistencia de las posiciones jurídicas que son objeto de controversia. No obstante, para otra corriente de pensamiento, la prueba es un instrumento de persuasión. En cierto modo, desde la perspectiva del abogado litigante, la prueba desarrolla una función persuasiva, en la medida en que, eventualmente, las partes estarían interesadas en persuadir al juez y evitar la

verdad de lo acaecido, porque les puede ser perjudicial, eventualmente. Pero la perspectiva más importante es la del juez, ya que él no debe persuadir a nadie, sino que tiene el deber de formular decisiones justas, que se basen en una reconstrucción veraz de los hechos objeto del litigio (2017, p. 48).

La verdad en el proceso es aproximativa, probable, porque la inferencia probatoria es, en esencia, un razonamiento inductivo. Entonces, lo verdadero solo puede significar “lo más probable” en el estado actual del conocimiento humano. La información que se obtiene en el proceso, es una información incompleta, tanto por las limitaciones de sus medios como por la fiabilidad de sus resultados, por lo que no se puede tener certeza absoluta respecto a si un enunciado corresponde a la realidad (Castillo, 2014, pp. 82-90)

Características del contexto que le sirve al juez para la toma de decisiones

La decisión jurídica que debe adoptar el juez, está marcada por una serie de características inherentes a la naturaleza del proceso. Para Ferrer (2007, pp. 29-40), son las siguientes:

- a. El derecho cumple su función de dirigir la conducta de los destinatarios, si la sanción o consecuencia jurídica se hace realidad, evento que solo ocurre cuando se determina la existencia histórica de los supuestos de hecho que condicionan la aplicación de los efectos jurídicos de las normas. Por eso, la averiguación de la verdad es el objetivo de la actividad probatoria.
- b. En la decisión se determina normalmente la ocurrencia de hechos pasados, aunque también puede determinar los presentes -vgr., una inspección judicial para determinar una filtración de agua presente-, o incluso futuros -por ejemplo, la determinación de la existencia futura de un lucro cesante, con miras a la solicitud de indemnización de daños-.
- c. La decisión del juez no es libre, está atada a unas reglas jurídicas. Hay reglas sobre la actividad probatoria -porque regulan los momentos procesales para su recaudo y presentación-, sobre los medios de prueba -por ejemplo, respecto a su admisibilidad, requisitos de incorporación y práctica-, y sobre el resultado probatorio -tarifa legal o libre valoración conforme a la sana crítica-.

- d. La decisión del juez está sujeta a límites temporales. Una justicia lenta no es justicia. Hay valores que preservar, tales como la seguridad jurídica, la celeridad y la función motivadora de las normas jurídicas. Hay otras limitaciones de recursos humanos o materiales, que pueden disminuir drásticamente las posibilidades de obtener un adecuado conocimiento de la realidad.
- e. Las partes intervienen en el proceso, delimitan el objeto de la prueba, su proposición y práctica. Defienden sus intereses, los cuales no necesariamente coinciden con la verdad, porque pueden proponer pruebas adulteradas, u omitir la presentación de las que les afectan, aunque sean útiles para la determinación de la verdad.
- f. La decisión sobre uno u otro punto de vista (hipótesis) se apoya en el conjunto de elementos de juicio aportados al expediente, no en elementos aislados.
- g. La decisión del juez, esta investida de autoridad y produce efectos jurídicos; pero esto no implica que se deba negar la posibilidad del error en la decisión.

La búsqueda de la verdad es un fin necesario para que sea posible la aplicación del derecho, y para que este funcione como instrumento de control social. Sin embargo, hay otros fines, tales como la celeridad, la protección de los derechos fundamentales, la protección del secreto profesional, etc., que se garantizan mediante reglas jurídicas que hacen las veces de filtro a la admisibilidad de la prueba, y que pueden ser contrarias a la finalidad de búsqueda de la verdad, ya que pueden excluirse pruebas relevantes para el caso concreto que debe decidirse; en este caso, disminuye la probabilidad de una determinación verdadera de los hechos.

Una prueba relevante pudo haber sido obtenida ilegal o ilícitamente, infringiendo derechos fundamentales -vgr., la inviolabilidad de la correspondencia, la inviolabilidad del domicilio, etc.-. Por ejemplo, la doctrina de los frutos del árbol envenenado considera que no solo deben ser inadmitidas las pruebas directamente obtenidas por medio de violación de derechos fundamentales, sino también todas aquellas a las que se haya llegado usando información obtenida en esas mismas condiciones. El legislador, entonces, ordena ese conflicto entre los valores en juego, como el que podría darse entre la verdad y el derecho a la intimidad (Ferrer, 2007, pp. 77-79).

Existen, en suma, reglas jurídicas de exclusión, ya que no se admiten en el proceso las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, ni los testigos de referencia, y con algunas salvedades, las pruebas que no puedan practicarse en el curso del proceso con la aplicación de los principios de contradicción o de inmediación, etc. Además, a ciertos sujetos se les exige de aportar cierta información, por razón del secreto profesional o por el privilegio contra la autoincriminación.

Según Ferrer (2007, p. 44), son mucho más abundantes las reglas jurídicas de exclusión en los ordenamientos propios del *common law*, en donde no existe la exigencia jurídica de motivar el juicio sobre los hechos, teniendo presencia la institución del jurado; la razón, se considera que puede haber elementos probatorios cuyo aporte de información sea poco fiable, y que podrían recibir un gran peso por el juez, en la fase de valoración probatoria. En cambio, en los ordenamientos de *civil law*, el control de la racionalidad de la decisión se realiza *ex post* a partir del control de la motivación, exigiéndose al juzgador justificar su decisión, en el sentido de argumentar por qué ha declarado probados ciertos hechos, y cuál fue su apoyo empírico. En este sentido, la motivación cumple una función endoprocesal, porque facilita a las partes las razones de la valoración probatoria, con miras a viabilizar otras garantías procesales, como el derecho a la defensa y el ejercicio de la impugnación; y una función extra-procesal, porque la valoración se justifica para toda la sociedad, como forma de rendición de cuentas por parte del poder jurisdiccional (Castillo, 2014, pp. 161-162).

Por otro lado, el conjunto de elementos de juicio aportados al proceso, puede ser más rico o más pobre, desde el punto de vista epistemológico, dependiendo de las reglas jurídicas de exclusión que se apliquen al caso, de las limitaciones de recursos en la investigación, de las limitaciones temporales, de la falta de neutralidad de las partes en disputa, etc.

Momentos de la valoración probatoria

Conformación del conjunto de elementos de juicio

Únicamente se pueden tomar en consideración las pruebas decretadas y practicadas en el proceso. No se pueden tener en cuenta las informaciones privadas del juez, o las pruebas ilícitamente obtenidas. Para que una prueba se admita, debe ser relevante, es decir, que aporte información que sirva de apoyo

o de refutación a alguna de las hipótesis del caso, a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia (Ferrer, 2007, p. 42), los cuales integran, junto a las máximas de la experiencia, las reglas de la sana crítica.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el sistema de valoración de la prueba imperante en materia penal, es el de la sana crítica, por lo que la valoración que debe realizar el juez es racional:

La valoración racional de las pruebas como obligación del sentenciador, conlleva la explicación de la capacidad de convicción razonada científica y técnica que le ofrecen ellas en su conjunto, de ahí que en sede casacional es dable el análisis de la eventual pretermisión de los postulados de la sana crítica, no para buscar un parámetro jurisprudencial sobre una nueva valoración probatoria, sino para verificar que la decisión corresponde a una argumentación estructurada coherentemente como enseña la lógica, a la forma como se aplican los principios en un espacio teórico específico propio de la observación científica, así como a los juicios que se forman a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial que arrojan las reglas de la vida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 22504, 2007).

La sana crítica es un límite a la eventual arbitrariedad del juzgador, porque se trata de un ejercicio razonado sobre las pruebas practicadas en el proceso:

La facultad conferida al juez en el sistema de la sana crítica o persuasión racional, no se identifica con la arbitrariedad o el capricho del funcionario, sino con el ejercicio razonado, ponderado y reposado del raciocinio en torno a las pruebas recaudadas en el juicio. Por ello, constituye un imperativo para el funcionario judicial motivar sus decisiones e indicar los criterios usados para justipreciar las pruebas acopiadas con fundamento en las cuales emite la declaración de justicia contenida en el fallo. Y si bien no existe definición legal del concepto de sana crítica ni hay uniformidad entre los doctrinantes sobre el mismo, lo cierto es que ostenta unas características mínimas que lo identifican: i) se trata de un método de apreciación probatoria que limita la soberanía del juzgador en su tarea de valoración; ii) se funda en el correcto entendimiento humano, el buen sentido, la rectitud, la ponderación y la prudencia en el proceso de raciocinio; iii) comporta el respeto de las reglas lógicas, de las máximas de la experiencia, de las leyes reguladores de los fenómenos naturales y de las pautas de comportamiento asumidas por la sociedad. Entonces, con fundamento en

esas pautas y las específicamente indicadas por la ley para cada medio de prueba, el fallador debe realizar su labor de juzgamiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 37044, 2011).

En una sentencia posterior, consideró la Corte que

Dentro del sistema de libre persuasión racional que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el funcionario judicial cuenta con la posibilidad de examinar cada una de las eventuales inferencias y dentro de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, exponer por qué elige la que estima como conveniente, es decir, el sistema de persuasión racional implica que el resultado de la actividad probatoria sea producto de la convicción razonada del juez en la que debe tener en cuenta la lógica, la ciencia y las reglas de la experiencia. Lo anterior en razón a que el funcionario judicial, al lado de su interés en la efectiva realización de la ley penal sustantiva, ha de encaminarse a la búsqueda de la verdad como uno de sus objetivos esenciales, en la medida que dicha búsqueda se ha considerado siempre como el fin natural y necesario del proceso penal y, de paso, de la actividad probatoria, como presupuesto ineludible para la aplicación de la sanción penal. Se justifica la presencia de dicha finalidad en el ordenamiento jurídico, en la medida en que al iniciarse el trámite del proceso penal, se está ante una verdad provisional que surge cuando se pone en conocimiento de la justicia la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y, eventualmente, de quienes participaron en su comisión, y por consiguiente, acorde con la reglamentación vigente al respecto, corresponde al Estado por medio de sus agentes la carga de probar, para que dicha afirmación se transforme en una verdad definitiva. En tal medida, no es suficiente con que el impugnante en casación manifieste su inconformidad con las conclusiones de la sentencia y ofrezca en su lugar la que de acuerdo con su criterio se ajusta mejor a las condiciones del caso, sino que resulta indispensable que mediante una motivación explícita entre a acreditar la irracionalidad, arbitrariedad o desmedida de la inferencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 33623, 2013).

Para la jurisprudencia penal, si el juzgador desconoce de manera ostensible, en su actividad de valoración probatoria, las reglas de la sana crítica, el demandante en casación debe demostrar el cargo de violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio, indicando expresamente la regla científica, lógica o de la experiencia transgredida¹. De esta manera:

1 Tesis de antaño de la Corte, como se puede apreciar en este extracto: “La sana crítica es

Es oportuno recordar que tal error tiene lugar cuando las pruebas son tenidas en cuenta, pero en su valoración los funcionarios quebrantan las reglas de la sana crítica, esto es, los principios de la lógica, las leyes de la ciencia y las máximas de la experiencia, caso en el cual es deber del recurrente expresar qué dice concretamente el medio probatorio, qué se infirió de él en la sentencia atacada, cuál fue el mérito persuasivo otorgado, determinar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo a la par indicar su consideración correcta, identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y finalmente, demostrar la trascendencia del error, expresando con claridad cuál debe ser la adecuada apreciación de aquella prueba, con la indeclinable obligación de acreditar que su enmienda da lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de su representado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 44221, 2015).

Valoración de los elementos de juicio

En esta fase se evalúa el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria. Si rige un sistema de libre valoración, debe valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. De esta manera, la preferencia por una hipótesis, vendrá dada por su mayor grado de corroboración (Ferrer, 2007, p. 91).

el límite de la soberanía con la cual cuenta el juzgador en su tarea de apreciación probatoria en el sistema procesal colombiano y tal es la razón para que resulte marginal al recurso de casación la valoración que realice con sujeción a las reglas que la gobiernan, que no son otras que el examen reflexivo, razonable y lógico de los medios demostrativos, en la vía de los principios de la ciencia y sin desatender las máximas de la experiencia, es decir las formas como usual y reiteradamente tienen ocurrencia las cosas para efecto de las costumbres sociales. Plantear un desbordamiento de la sana crítica en casación, entonces, hace imprescindible precisar la regla transgredida, demostrar que se trata de una regla y determinarla en cuanto a si es de ciencia, lógica o experiencia, señalando obviamente cómo de no haberse incurrido en la irregularidad otro habría sido el sentido del fallo, lo cual implica el ejercicio de confrontar los términos de la sentencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12855, 1999). En el mismo sentido, C.S.J., Sala Penal, Auto de 31 de octubre de 2012. Exp. 39489; sentencias de 19 de febrero de 2013. Exp. 38359; 12 de septiembre de 2012. Exp. 36824; 5 de junio de 2013. Exp. 34134; 2 de mayo de 2002. Exp. 15262; 20 de noviembre de 2013. Exp. 39834; Corte Constitucional. Sentencia de 9 de junio de 2005. Exp. D-5415. No. C-591.

El derecho a la prueba, como parte integral del debido proceso, comprende no solo la facultad de solicitud, decreto y práctica de las pruebas, en la medida en que el ciudadano que acude a la administración de justicia, tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal. Pero para ello, es imprescindible que el juez valore los medios de prueba. En suma, el derecho a la prueba tiene tres elementos: a) derecho a aportar las pruebas relevantes para demostrar la verdad de los hechos que fundamentan su pretensión; b) derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas -individual y en conjunto-, de conformidad con las reglas de la sana crítica, y mediante la motivación ordenada de los hechos (Ferrer, 2007, pp. 54-57). Esta lectura del derecho a la prueba, debe ser determinante al momento de interpretar el artículo 29 de la Constitución Política, sobre el debido proceso.

Adopción de la decisión

Consiste en decidir si la hipótesis en cuestión puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice. En penal, como se ha visto, se acude al conocimiento “más allá de toda duda razonable”. La elección del estándar de prueba es jurídica, y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso. Es decir, la definición del umbral o estándar probatorio no es solo una cuestión epistemológica, sino política, ya que implica repartir el riesgo de error en la decisión. Se debe procurar, en materia penal, la evitación de falsas condenas; en todo caso es preferible la absolución falsa que la condena a un inocente (Ferrer, 2007, pp. 142-143).

Elementos para una decisión racional sobre los hechos

Momento de formación del conjunto de los elementos de juicio. La relevancia probatoria como filtro para la admisión de las pruebas

Existe un principio epistemológico indiscutible: cuanta más información relevante -es decir, idónea para probar las hipótesis en competencia- esté a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto tendrá la decisión judicial. Por consiguiente, el criterio de la relevancia es el único filtro para la admisión de pruebas en el proceso; epistemológicamente hablando, el

aumento de información relevante aumenta, *ceteris paribus*, la probabilidad de que se establezca una decisión adecuada materialmente, esto es, que se declaren probados enunciados verdaderos sobre los hechos. Es decir, aumenta la probabilidad de que la decisión judicial sea verdadera (Ferrer, 2007, p. 84).

Algunos autores clásicos -Bentham, Wigmore y Thayer, la *escuela abolicionista del derecho probatorio*-, se oponen al establecimiento de reglas de exclusión y de valoración, porque la valoración de la prueba es una cuestión puramente epistemológica respecto de la que el derecho haría bien en no inmiscuirse. De hecho, Bentham formuló el principio de inclusión, ya que, para él, la riqueza de los elementos de juicio sobre el que se adopte la decisión estaría en directa relación con la probabilidad de que la decisión sea correcta (Ferrer, 2007, p. 70).

El juicio de pertinencia de un medio de prueba es, desde luego, hipotético; es decir, es una conjetura respecto a si la prueba, en caso de resultar exitosa, tendrá o no incidencia en la probabilidad de la hipótesis. Por lo tanto, un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico, si y solo si, permite fundar en él -por sí solo, o conjuntamente con otros elementos-, una conclusión sobre la verdad de la proposición fáctica a probar (Ferrer, 2007, pp. 69-71).

¿Por qué una prueba redundante debería ser excluida? El grado de corroboración de una hipótesis aumenta con el número de resultados favorables de la contrastación. Pero esta idea, sin duda, entra en tensión con la tesis de celeridad en la administración de justicia, y con las limitaciones humanas en el procesamiento de la información. Sin embargo, no todas las pruebas redundantes son superfluas, ya que, por ejemplo, cuando un segundo testigo declara haber visto lo mismo que un testigo anterior, su declaración aumenta la fiabilidad de lo declarado por el primero. Por esta razón, el juez, según el caso, debe determinar en qué punto se sitúa el equilibrio entre las exigencias de corroboración de la hipótesis, y la economía procesal (Ferrer, 2007, pp. 76-77).

En caso de que la redundancia se presente entre pruebas de distinto tipo, entra en juego una regla epistemológica distinta, que nos indica que la confirmación de una hipótesis no depende solo de la cantidad de datos favorables de que se dispone, sino también de su variedad: entonces, cuanto mayor sea la variedad, mayor será el apoyo resultante. Cuanto mayor es la variedad de experimentos a los que se somete una hipótesis, mayores son las posibilidades de que sea refutada en caso de que sea falsa. Por ello, otorga mayor nivel de corroboración, en caso de que el resultado de las distintas pruebas sea positivo para la hipótesis.

Momento de valoración

La valoración de la prueba es el juicio de aceptabilidad de los medios probatorios aportados al proceso, a fin de determinar su eficacia y peso. Según Castillo, es importante distinguir entre una valoración progresiva o *initinere* de la prueba y una valoración final o decisional:

La primera se realiza conforme se ofrecen y actúan los distintos medios de prueba y permite contar con una idea sobre la calidad y entidad del acervo probatorio recabado, con el objetivo de verificar si existe o no cobertura adecuada respecto a cada una de las hipótesis formuladas y las circunstancias que las conforman; de tal modo que, por ejemplo, se posibilita que el juez pueda ordenar si es necesario, la práctica de prueba de oficio. Aquí se detectan insuficiencias en el conjunto de pruebas recogidas, ya sea en su calidad o suficiencia. La valoración final de la prueba se produce una vez que se ha cerrado de manera definitiva y completa el acopio de los diversos medios de prueba, siendo su finalidad el determinar el grado de corroboración de las hipótesis planteadas en relación con los medios de prueba disponibles (2014, p. 101).

Siguiendo a Devis Echandía, la valoración de la prueba debe ser individual y conjunta. El juez, al momento de valorar, debe contar con una correcta y completa representación de los hechos relevantes, sin omitir ninguno, coordinarlos y colocarlos en el sitio adecuado, según las hipótesis en competencia. No basta con apreciar cada medio de prueba individualmente:

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una masa de pruebas, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis, y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen (Devis, 2006, p. 290).

Según Gorphe, todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, solo es posible formarse una conclusión definitiva, luego de haber considerado todas las pruebas -sin omitir ninguno de sus aspectos parciales-, y de haber pesado el valor de cada una. Concluye Devis que, en síntesis, es preciso que el juzgador construya un cuadro con los diversos medios de prueba, con el fin de comparar las hipótesis y su grado de confirmación:

Para que ese examen en conjunto sea eficiente, debe formarse, como aconsejan WIGMORE y GORPHE, un cuadro esquemático de los diversos elementos de prueba, clasificándolos de la manera más lógica, relacionándolos entre sí, debido a sus conexiones más o menos estrechas, comparando los elementos de cargo con los de descargo respecto de cada hecho, a fin de comprobar si los unos neutralizan a los otros o cuáles prevalecen, de manera que al final se tenga un conjunto sintético, coherente y concluyente, todo esto antes de sacar conclusiones de ellos, de acuerdo con la gran regla cartesiana de “comenzar por poner en orden los pensamientos” y proceder objetivamente, sin ideas preconcebidas, con desconfianza o duda provisional respecto de las varias hipótesis (2006, pp. 291-292).

El esquema de razonamiento debe permitir juicios objetivos sobre la valoración de la prueba, que sean permeables a la crítica racional. Se debe buscar, por consiguiente, una metodología probabilística que permita valorar el apoyo que los elementos de juicio aportan a las hipótesis fácticas sobre lo ocurrido. Desde la perspectiva de la probabilidad inductiva (o lógica), las conclusiones a las que se puede arribar en los razonamientos sobre los hechos, no pueden ser ciertas, por lo que no se puede tener una certeza racional sobre la verdad de una hipótesis. Según Popper, no es posible verificar una hipótesis², pero si preferir racionalmente una sobre otra, con fundamento en el mayor grado de corroboración de la primera, por lo que los jueces en el proceso declaran que han decidido “aceptar”, como probablemente verdadera, una determinada reconstrucción de los hechos (Ferrer, 2007, p. 92; Castillo, 2014, p. 87).

2 El problema de la inducción, nace del hecho de que no se puede afirmar algo universal a partir de los datos particulares que ofrece la experiencia. Por muchos millones de cuervos negros que se vean, no será posible afirmar que “todos los cuervos son negros”. En cambio, basta encontrar un solo cuervo que no sea negro, para poder afirmar que “no todos los cuervos son negros”. Por esa razón, Popper introdujo el concepto teórico de falsacionismo, como criterio de demarcación científica.

La inferencia inductiva, método básico de la probabilidad matemática, representa, en sí, una forma de extrapolación, porque a partir de una información relativa a un número finito de casos conocidos, se infiere una conclusión que se refiere a casos desconocidos. La forma tradicional del argumento inductivo se puede describir con el ejemplo de los cuervos. La observación de un gran número de cuervos nos permite afirmar que todos son negros; pero la premisa del argumento inductivo no implica la certeza de la conclusión, ya que podemos constatar 5, 10 o 100 cuervos negros, pero no concluir, con certeza, que todos los cuervos son negros, porque, por muy grande que sea el número de casos positivos experimentados, nada ni nadie puede asegurarnos que el próximo caso sea positivo (Suárez, 2016, pp. 45-46).

La probabilidad es un grado de posibilidad, en tanto que puede ser objeto de un cálculo o de una previsión (Comte-Sponville, 2005, p. 430). Para Russell, la probabilidad surge siempre de una combinación de dos proposiciones, una de las cuales puede ser conocida y la otra, desconocida; de esta forma, si extraigo una carta cualquiera de un mazo de naipes, ¿Cuál es la probabilidad de sacar un as? Conozco la constitución de un mazo, y que una carta de cada trece, es un as, pero ignoro por completo que carta sacaré. Así, dada una clase finita B que tenga n miembros, y suponiendo que m de estos pertenezcan a otra clase, A, decimos que, si se elige al azar un miembro de B, la probabilidad de que pertenezca a la clase A es m/n (1983, pp. 343-439). Existen dos tipos de probabilidad:

a) La probabilidad aplicada a sucesos o eventos, que mide la frecuencia con la que un evento se produce, en una sucesión dada de acontecimientos, tendencialmente infinita. En otras palabras, mide el número de posibilidades de que un suceso ocurra comparada con el número de posibilidades de que un suceso no ocurra.

b) La probabilidad aplicada a proposiciones. Esta mide, de forma general, el grado de conocimiento que se tiene del mundo, porque gradúa las posibilidades de que una proposición en particular sea verdadera. Si la probabilidad subjetiva mide el grado de creencia racional en una hipótesis, dados determinados elementos de juicio, la probabilidad inductiva recupera la noción de probabilidad baconiana, la cual no admite el cálculo matemático. Según esta concepción, se puede comparar el grado de corroboración, apoyo o soporte, de las distintas hipótesis, lo que permite hacer una ordenación de las mismas, sin que, en últimas, se pueda cuantificar numéricamente la probabilidad de

cada una. Luego, la fiabilidad de la inferencia probatoria aumentará, en la medida que la hipótesis en cuestión supere controles probatorios diseñados para falsarla, por lo que la superación de los mismos aumentará su probabilidad. El juez o tribunal, actúa análogamente a como lo hace una comunidad científica, evaluando el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de las demás hipótesis rivales tomadas en consideración, los datos disponibles, los experimentos, revisando los pasos experimentales practicados -es decir, las pruebas-, y las inferencias realizadas a partir de ellos (Ferrer, 2007, pp. 123 y 127; Castillo, 2014, p. 99).

La corroboración de una hipótesis, implica la posibilidad de predecir³ algún hecho o evento, empíricamente contrastable. Por ejemplo, si se ha demostrado que la causa de la fiebre puerperal es la infección con materia cadavérica en el trabajo posparto (hipótesis), se puede inferir que la desinfección con sal clorada (supuestos auxiliares), por parte del personal sanitario (condiciones iniciales), evitará que las parturientas contraigan la enfermedad.

Véase el siguiente ejemplo:

Hipótesis A	Hipótesis alternativa B
<i>Z, el detenido es el autor del hurto. Se activó la alarma antirrobo de la casa. Desaparecieron las joyas del baúl de los dueños de la casa. Z fue detenido en el jardín, saliendo apresurado.</i>	<i>Z es el jardinero de la casa. Oyó la alarma. Al acercarse a la entrada principal del jardín, encontró las joyas tiradas en el suelo, por lo que las recogió para entregarlas a sus propietarios cuando los viera.</i>
Predicción	Predicción
<i>Las joyas estarán aun en su poder. Si, en efecto, se le encuentran, con esto se corrobora la hipótesis</i>	<i>Las joyas estarán en su poder</i> ¿Por cuál de las dos hipótesis es razonable optar?

³ Predicción: proposición que, en el momento en que se enuncia, no se sabe si es verdadera o falsa. Esta acepción no tiene implicaciones temporales hacia futuro.

Ambas hipótesis son plausibles. Para escoger una de ellas, de forma racional, hay que buscar otros hechos condicionantes -que son necesarios para que ocurra lo predicho- y supuestos adicionales -esto es, conocimientos previos del mundo, reglas de experiencia-. Si, conforme a la experiencia, cuando se toca un objeto se dejan huellas dactilares, y no se verifica, en el caso, el uso de guantes, se puede predecir que se encontrarán las huellas de Z en el baúl. Si se confirma esta predicción, se debe elegir la hipótesis A.

No se puede tener certeza absoluta de que una hipótesis sea verdadera, aunque disponga de un gran apoyo inductivo, porque puede haber una hipótesis alternativa que prediga lo mismo. Puede suceder, incluso, que esa hipótesis alternativa no haya sido tenida en cuenta por las partes y por el juez, por el estado actual del conocimiento en una época determinada (Ferrer, 2007, p. 136).

La comprobación de una predicción, se convierte en un hecho probado en el proceso, que se acumula con otros. Si la predicción no se cumple, la hipótesis, en principio, resulta cuestionada. Hay hipótesis que pueden sobrevivir con los mismos datos predichos, por lo que, con el fin de aumentar la corroboración de las mismas, deberá realizarse alguna nueva predicción que permita eliminar alguna de ellas, por no poder explicar el hecho predicho. Cuantos más pasos se hayan dado en este sentido, y más hipótesis rivales hayan sido eliminadas o falsadas, mayor será la corroboración de las hipótesis sobrevivientes (Ferrer, 2007, p. 138).

Si la valoración exige ponderar el grado de probabilidad que tienen dos hipótesis en juego, el juez debe, conforme a los medios de prueba y las inferencias obtenidas, y de acuerdo a las predicciones obtenidas, aceptar aquella que tiene el mayor grado de confirmación y descartar aquella que ha sido eliminada, al ser incompatible con alguna predicción. Por esto, es vital que en la motivación no solo se fundamente la verdad de una hipótesis; se requiere refutar o demostrar la escasa relevancia de las pruebas que sustentan la hipótesis alternativa contraria (Castillo, 2014, p. 212).

En la valoración probatoria es esencial aplicar los criterios de racionalidad epistemológica, encaminados a evaluar el mayor grado de confirmación o corroboración de una hipótesis, como la solidez, variedad, cantidad, suficiencia y pertinencia de las pruebas⁴, así como el fundamento cognoscitivo de las nocio-

4 Cfr. González (2013, pp. 55-64); Gascón (2005, p. 138). Es decir, los hechos probatorios deben ser fiables y precisos, abundantes -lo que redundaría en mayor peso probatorio-, que apunten en dirección a la misma hipótesis, que sean variados -ya que esto permite la elimi-

nes de la experiencia común usadas, que pueden ser leyes científicas universales, generalizaciones no universales con alto grado de probabilidad confirmado por una elevada frecuencia estadística, generalizaciones que expresan el mero *id quod plerumque accidit* y generalizaciones espurias o meros prejuicios⁵.

Para Friedrich Stein, las máximas de la experiencia,

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (2018, p. 23).

Las máximas de la experiencia permiten valorar los medios de prueba. Por ejemplo, para juzgar si un testigo pudo o no apreciar determinado hecho a ciento cincuenta metros (Parra, 2011, p. 76). Permiten determinar hechos que no están en el proceso por medio de indicios, entendidos éstos como eventos o acontecimientos a partir de los cuales, y por medio de la experiencia, se pueden concluir otros hechos, que constituyen el objeto de la prueba. Así mismo, sirven para analizar la imposibilidad de un hecho (Stein, 2018, pp. 35-36 y 41).

La Sala Penal de la Corte, ha considerado que las máximas de la experiencia deben tener un grado de aceptabilidad general, como para tener vocación de aplicabilidad en la valoración de la prueba:

También ha señalado la jurisprudencia que proposiciones formuladas a partir del conocimiento obtenido por vivencias, para que puedan erigirse como reglas de la experiencia, y por ende tenidas en cuenta como pautas del método de valoración probatoria que gobierna la legislación procesal penal colombiana (sana crítica), es necesario que puedan ser sometidas a contraste y trasciendan su confrontación, ya que, de lo contrario, a pesar de ostentar una conformación lógica, sólo constituirán situaciones hipotéticas e inciertas. Además, es indispensable que sean aceptadas en forma general con pretensiones de universalidad por la colectividad, más no que obedezcan a lo que el

nación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia aquella a confirmar y pertinentes.

5 La hipótesis probatoria estará mejor confirmada, si las máximas de la experiencia empleadas están bien fundadas, bien sea porque constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados (Cfr. González, 2013, p. 59). En cuanto a las generalizaciones espurias, ninguna inferencia que pretenda alcanzar conclusiones fiables puede basarse en las mismas, so pena de obtener conclusiones erradas carentes de confirmación.

individuo haya aprehendido en su particular cotidianeidad, pues, esto si bien puede ser importante frente a procesos racionales internos, no es fundamento serio para estructurar axiomas empíricos de aceptación dentro de un conglomerado, en determinado contexto social y cultural, con la aspiración de ser esgrimidos para desvirtuar el reproche de responsabilidad que se hace en materia penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27196, 2009).

En otro pronunciamiento, quiso la Corte expresar una fórmula lógica para las máximas de la experiencia:

Las reglas de la experiencia son construcciones teóricas, argüidas por el intérprete de la norma, que guardan relación con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de grupos humanos en un contexto específico dado. Como son asimilables a leyes científicas, tienen pretensiones de carácter universal (aunque serían más equivalentes a enunciados de alta probabilidad), razón por la cual deben ajustarse a la fórmula lógica “siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 36824, 2012).

Para Taruffo, el problema de las máximas de la experiencia es que tienen un status lógico cognoscitivo absolutamente incierto, en la medida en que varían de lugar a lugar y en el tiempo, y suelen estar en contradicción con otras reglas del mismo contexto cultural. Puede haber incertidumbre sobre su fundamento empírico o inductivo, y sobre cómo y por quien han sido formuladas, además de que, bajo su etiqueta, puede colarse un inmenso repertorio de prejuicios y generalizaciones infundadas. Por lo tanto, surge la necesidad de que el juez, cuando recurra a estas reglas, verifique su fundamento y valor cognoscitivo (Taruffo, 2005^a, pp. 1084-1085).

La Corte Suprema de Justicia ha sido consciente de algunos de esos problemas. Si por máximas de la experiencia se entiende aquellos juicios aceptados en forma general y con pretensiones de universalidad por una colectividad, no lo son aquellas aprehensiones personales fundadas en el conocimiento de casos análogos, que aunque puedan resultar lógicas, sólo constituyen situaciones hipotéticas e inciertas (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 29939, 2010). Tampoco lo son fenómenos esporádicos, o que no son observables en la cotidianeidad, en un determinado entorno sociocultural, ni ideas propias de la sabiduría popular.

Aparte de las nociones de la experiencia común mencionadas, es preciso tener en cuenta criterios relacionados más que todo con la hipótesis en cuestión, como la refutabilidad⁶, la confirmación de las hipótesis derivadas -que aumenta la credibilidad de la hipótesis principal-, la eliminación de las hipótesis alternativas, la simplicidad y la coherencia⁷.

Bajo esta metodología, se debe examinar la fiabilidad, la precisión, la suficiencia, la variedad y la pertinencia de los hechos probados. Según el criterio de suficiencia, “cuantos más hechos apunten en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección”, mientras que la variedad de los hechos probatorios contrastados con diferentes medios de prueba “aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos” (González, 2013, pp. 56-57)⁸. Por otro lado, en este caso, es esencial detenerse en las máximas de la experiencia, ya referidas. Se entienden por tales las conclusiones de inferencias ampliativas meramente probables, cuyo grado de credibilidad racional dependerá de la corrección del proceso inductivo de su formación, por lo que es necesario descartar de esta categoría las generalizaciones apresuradas y los prejuicios (Cfr. González, 2013, p. 59).

El grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria, es mayor cuando las máximas de la experiencia son reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados⁹; en todo caso, más vale desconfiar de las reglas construidas *ad-hoc*, es decir, de las que se construyen

6 Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada; y es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable (Cfr. Gonzalez, 2013, p. 60).

7 En virtud de la coherencia debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el conocimiento disponible (Cfr. González, 2013, p. 62). Una enunciación similar de los criterios de valoración racional hace Fernández (2005, pp. 263-264).

8 Sigue el mismo criterio, siguiendo al epistemólogo alemán Carl Gustav Hempel, Ferrer, para quien “cuanto mayor es la variedad de experimentos a los que se somete una hipótesis, mayores son las posibilidades de que sea refutada en caso de que ésta sea falsa. Y, por ello, otorga mayor nivel de corroboración en caso de que el resultado de las distintas pruebas sea positivo para la hipótesis” (2007, p. 76).

9 Este punto lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia: “Como es apenas obvio, el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento. Así, por ejemplo, entre mayor sea la cobertura de la regla: ‘casi siempre que los seres humanos actúan coordinadamente es porque previamente han acordado realizar la acción conjunta’, mayor será la fuerza del argumento estructurado a partir del dato de que varias personas actuaron coordinadamente, claro está, bajo el entendido de que el mismo está demostrado”(Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 31175, 2016).

para explicar el caso concreto, ya que la supuesta regla no se sustentaría en una inducción ampliativa bien fundada (Cfr. González, 2013, p. 59). Por último, en relación con la hipótesis, se deben revisar criterios tales como la confirmación de las hipótesis derivadas -situación que aumenta la credibilidad de la hipótesis principal-, la eliminación de las hipótesis alternativas-que permite escoger aquella que resiste mejor a los intentos de refutación-, la simplicidad, la refutabilidad y la coherencia. Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada, pero es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable, en tanto que la coherencia invita a escoger aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de la experiencia fundada, y de acuerdo con el resto de conocimiento disponible (Cfr. González, 2013, pp. 60-62).

Se puede concluir que, de la evaluación de las distintas hipótesis plausibles planteadas por las partes en el proceso, de las predicciones que permitan formular y de la constatación de su cumplimiento o incumplimiento, depende la posibilidad de que el juez defina la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles.

Orígenes del *beyond a reasonable doubt*

El concepto de más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*) es originario de la tradición jurídica anglosajona. No obstante, estuvo ligado históricamente con el principio de presunción de inocencia. Como afirma Fernández (2005, pp. 187-188), el brocardo latino *in dubio pro reo* resalta la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia; se trata, en este sentido, de una regla de clausura sobre la decisión fáctica, ya que, en caso de dubitación por parte del juez respecto a la elección de cualquiera de las hipótesis enfrentadas en el proceso penal, debe decantarse por la absolución.

Según Nieva (2013, pp. 64-66), la relación de la duda con la presunción de inocencia, se puede rastrear en los siguientes documentos:

- a. El Código de Hammurabi. La ley 1 dice lo siguiente: “Si una persona acusa a otra de haber cometido homicidio pero no consigue probarlo, el acusador será condenado a muerte”. Este es el primer antecedente sobre absolución, en caso de que no se consiguiera probar la culpabilidad del acusado.

- b. El Digesto romano. Según Ulpiano (Dig. L. 48, tít. 19, 5): “Pero Trajano respondió por rescripto a Asiduo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas; es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente”.
- c. Las Partidas de Alfonso X. En la partida VII, título 31, ley 9, se lee: “E aún dezimos, que los iudgadores todavía deven estar mas inclinados, e aparejados, para quitar los onbres de pena, que para condepnarlos en los pleitos que claramente non pueden ser provados, o que fueron dubdosos. Ca mas santa cosa es y mas derecho de quitar al onbre de la pena que meresciesse por yerro que oviesse fecho que darla al que la non mereciesse nin oviesse fecho alguna cosa por que”.
- d. El derecho islámico. Es aceptada la vigencia del *in dubio pro reo* en la cultura jurídica islámica, por parte de los especialistas. El principio, derivado del Corán, decía que “evita tanto como puedas los castigos hudud a los musulmanes, de manera que si el acusado tiene una escapatoria, déjalo ir, ya que es mejor para el Imam errar en el perdón que errar en el castigo”.
- e. Los juristas Matthew Hale y William Blackstone estaban familiarizados con la tesis del Digesto; para Blackstone, en su obra *Commentaries on the laws of England* (1769) “for the law holds, that it is better than ten guilty persons scape, than that one innocent suffer”. Esta idea fue bastante popular en el siglo XVIII en Inglaterra, así como el conocimiento más allá de duda razonable en el *Old Bailey* de Londres (1780), que sirvió de criterio para instruir a los jurados en los juicios. Pero Whitman (2007, p. 193) identificó un proceso en 1770, en los Estados Unidos de América, en el cual se le dirigieron al jurado unas frases muy reveladoras: “where you are doubtful, never act”; “for it is better, five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die”. Esta última cita, al parecer, fue extraída de la obra de Hale *Historia Placitorum Coronae / History of the Pleas of the Crown* (1736).

A finales del siglo XVIII y antes de que se introdujera el estándar a mediados del siglo XIX en la judicatura norteamericana, el jurado de conciencia debía emitir un fallo condenatorio bajo la condición de que estuviera completamente seguro de la culpabilidad del acusado. A partir de las ideas de algunos filósofos, como Wilkins y Locke, se empezó a difundir la tesis de la certeza

moral, distinta de la certeza matemática, que se fundaba en creencias estables y firmes basadas en múltiples pruebas materiales y testimoniales (Laudan, 2013, p. 64).

Barbara Shapiro ha explicado la influencia que tuvo la obra del filósofo empirista inglés Jhon Locke -*Ensayo sobre el entendimiento humano*, de 1690- en la comunidad intelectual inglesa de finales del siglo XVIII, y en particular en el pensamiento de historiadores, teólogos, naturalistas y abogados, ya que su teoría empirista del conocimiento no negaba la posibilidad de reunir pruebas fiables y persuasivas sobre cuestiones de hecho, pero tampoco predicaba la certeza absoluta. Según Shapiro,

Para los nuevos científicos y filósofos, los fenómenos naturales y los procesos debían ser verificados por la experimentación, la observación y el testimonio de los observadores. Dependiendo de la calidad y cantidad de la evidencia producida por estos métodos, se podía llegar a conclusiones de hecho, y a veces incluso a conclusiones que ninguna persona razonable podía poner en duda. Los historiadores también se sintieron atraídos por este enfoque. Las discusiones de los acontecimientos históricos y de las escrituras frecuentemente se centraban sobre en qué medida uno podía creer en el testimonio de los testigos que informaban sobre hechos pasados. Las referencias a testigos oculares y auditivos, rumores y testigos creíbles eran comunes. Este idioma, por supuesto, sugiere la sala del tribunal. De hecho, los naturalistas, los teólogos y los historiadores empleaban a menudo imágenes de la corte. Los historiadores fueron con frecuencia amonestados a actuar como jueces imparciales en vez de partidarios (1991, p. 11).

La noción de certeza moral, para Locke, era una especie de probabilidad -junto a la confianza y la confiada creencia¹⁰-, en la que el consentimiento general de todos los hombres en todas las épocas, podía concurrir con la experiencia constante e infalible de un hombre respecto a un mismo asunto, para confirmar la verdad de un hecho particular testimoniado por testigos honrados, siendo estas probabilidades tan cercanas a la certeza, que gobiernan nuestros pensamientos e influyen en nuestras acciones tanto como la demostración más evidente (2000, p. 665).

10 La confianza es el siguiente grado de probabilidad, en el cual se dice, por la experiencia propia y por el acuerdo unánime de los demás, que una cosa es, por lo común, como se dice, siendo esto testimoniado por muchos testigos indubitables. Cuando un hecho articular indiferente queda testimoniado por el dicho uniforme de varios testigos insospechables, se habla de confiada creencia (Locke, 2000, pp. 666-667).

Para Locke, el nivel de asentimiento lo determinaba, en general, el peso de la evidencia, por lo que, cuando los testimonios se contradecían o chocaban con la experiencia común era preciso examinar con atención las pruebas existentes para graduar ese asentimiento y sopesar todas las circunstancias del caso. Esta sugerencia tuvo influencia en el pensamiento de la época en aras de evaluar la credibilidad en el campo jurídico y en áreas como la historiografía y la ciencia natural¹¹.

Algunos estudios sobre este concepto probatorio anglosajón, han concluido que el problema de la decisión más allá de toda duda razonable resulta complejo de definir, ya que es un criterio en el cual confluyen categorías de la teología, la teoría del conocimiento, la aptitud de los jueces legos y las exigencias del derecho penal; Whitman (2007), explica que la duda razonable no fue creada para proteger al acusado, sino al espíritu del jurado de conciencia de una condena eterna, ya que, a partir de la interpretación de la crucifixión de Jesús sin juicio, la vieja tradición cristiana concebía la condena de un inocente como un pecado mortal. De esta idea se sigue sin dificultad que “la raíz teológica del problema postule la necesidad de darle al juez lego un parte de tranquilidad recurriendo a la duda sin que tenga que comportarse como en su momento lo hizo Poncio Pilatos” (Guerrero, 2011, p. 240).

A partir de 1850, en Estados Unidos el estándar *beyond a reasonable doubt* era conocido y aplicado en los tribunales estatales y federales. Las explicaciones al jurado hacían hincapié en la necesidad de contar con una certeza moral respecto a la culpabilidad del acusado, que dirige el entendimiento y satisface la razón de quienes se obligan a actuar según esa certeza, con base en la consideración de todas las pruebas.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró, en el caso *Whinship* (1970), que había un margen de error reducible por el concepto de carga de la prueba en cabeza de la acusación, y que el *beyond a reasonable doubt* implica que el juez alcance un estado subjetivo de certeza sobre los hechos, lo cual es una

11 La investigación de Shapiro demostró que el BARD históricamente se transformó, desde el siglo XII, de tal forma que en su acepción medieval más cercana fue el resultado de un cambio que se desató desde las puras esferas de la subjetividad en la apreciación de una prueba, pasando por un pseudo sistema de valoraciones irracionales para llegar a poner al jurado de conciencia de frente a los testimonios y evidencias circunstanciales y en tal sentido, adquirir un criterio que atendía a la consideración de la evidencia total, sin las interferencias propias de la subjetividad que se resumían en el criterio de decisión más allá de toda duda y certeza moral (Cfr. Guerrero, 2011, p. 240).

garantía para el ciudadano y la sociedad. En el caso *Cage vs. Louisiana*, se explicó que la duda debía tener unas bases reales y no ser efecto de una simple conjetura, ya que la razonabilidad de la incertidumbre probatoria depende del carácter insatisfactorio de la evidencia, o de su ausencia (Parra, 2011, pp. 825-826).

Por otro lado, el criterio de “certeza moral” definido a partir del caso Shaw de 1850, empezó a cuestionarse por la Suprema Corte, ante la posibilidad de influir al jurado de conciencia con una terminología arcaica y confusa, que podría conducir a que se tomaran decisiones con fundamento en la moral o en aspectos puramente emocionales (Cfr. Laudan, 2013, p. 67).

La jurisprudencia norteamericana ha planteado un elenco diverso de criterios para que el jurado pudiera definir cuando la duda podía ser relevante o no para tomar la decisión sobre la culpabilidad o la inocencia:

1) Confianza para tomar las decisiones más importantes de la vida. Pero, incluso frente a las decisiones vitales que tiene que tomar un ser humano, puede optar por una u otra opción en medio de una gran incertidumbre, incluso a partir de convicciones precarias.

2) Ausencia de vacilación para confiar y actuar en los propios asuntos importantes. Pero, puede haber vacilación incluso cuando el curso de acción a asumir es muy claro, más allá de cualquier duda.

3) Convicción estable -firme y sin titubeos- sobre la verdad de los cargos imputados, con base en las pruebas. Pero la firmeza no es un criterio racional, ni tiene por que ampararse en pruebas (Laudan, 2013, pp. 69-72).

Tan caótica ha sido la discusión en Estados Unidos que, como remedio extremo, se planteó en algunas cortes estatales la idea de que no se debía ofrecer a los jurados ninguna definición del estándar -tendencia vista también por un tiempo en el Reino Unido-, en tanto que esta fórmula “podía hablar por sí misma” al ser naturalmente comprensible por parte del jurado (Laudan, 2013, pp. 68-78).

Interpretaciones sobre el significado del *beyond a reasonable doubt*

El estándar de prueba más allá de duda razonable, en el campo penal, ha tenido un sustento moral en la tradición jurídica: es preferible que muchos

culpables sean absueltos, al peligro de condenar a un inocente. Maimonides, Hale, Voltaire y Blackstone, entre otros filósofos y juristas, han planteado la misma tesis, pero distintas proporciones, según el número de falsas absoluciones que consideraban, debían ser toleradas.

Michelle Taruffo, en relación con la aplicación de métodos estadísticos en la construcción de estándares de prueba, rechaza la posibilidad de que, partiendo de determinaciones de error tolerable, se intente cuantificar, en cifras porcentuales, el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión. Según esto, la prueba “más allá de toda duda razonable”, debería superar un grado de confirmación del 95%, y la duda, superar una probabilidad del 5%, si es que se considera preferible que 20 culpables sean absueltos, antes de que un inocente sea condenado. Esto sería muy difícil de determinar, si no es posible establecer si fue condenado un inocente o si fue absuelto un culpable, o cuántos inocentes han sido condenados o cuantos culpables han sido absueltos, por cada 100 o 1000 sentencias de condena o de absolución; sin embargo, el argumento moral que promueve sistemas penales en los cuales se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente, aun a costa de incrementar el número de casos en los que se absuelven imputados culpables, le parece a Taruffo defendible (2005, pp. 71-72).

Para este autor, el *beyond a reasonable doubt* anglosajón implica que la culpabilidad del acusado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza (2008, p. 274). La dificultad, en los sistemas de juzgamiento del *common law*, es determinar si las pruebas aportadas por la parte acusadora y practicadas en el juicio oral, permiten satisfacer ese altísimo grado de confirmación, toda vez que el jurado no está obligado a exponer las razones que justifican su veredicto. Por otro lado, la imprecisión misma de la fórmula, ha dado pie a grandes dificultades en su interpretación; en todo caso, no permite vislumbrar cuáles serían las condiciones de suficiencia probatoria, ajenas a ideas de cuño subjetivista (vgr., certeza, íntima convicción, convencimiento, etc), para considerar la tesis de la acusación probada.

Para Ferrer (2016, p. 223) el estándar de más allá de toda duda razonable, incorporado en muchos países de tradición romano-germánica tiene la ventaja de no recurrir a certezas de ningún tipo. Aún así, ante la ausencia de un criterio de razonabilidad de la duda, este estándar de prueba no parece ir más allá de la íntima convicción, y no indica un nivel de suficiencia intersubjetivamente controlable, lo que lo hace vago e inútil. Ferrer cuestiona la vinculación de la prueba de un enunciado fáctico con la posesión de un estado mental -vgr.,

“creencia”, “convicción” o “convencimiento”-, porque, por esta vía se termina diseñando una noción de prueba eminentemente subjetiva, incontrolable de cara a la superación (o no) de un umbral mínimo de corroboración de la hipótesis. De esta forma, como la creencia es un acto no voluntario -en la medida en que ocurre-, que opera independientemente del contexto, es realmente incapaz de dar cuenta de la actitud proposicional del juez en el proceso judicial, en el que tiene mayor cabida la aceptación, esto es, un acto voluntario y pragmático, que opera según el contexto del proceso, y que debe complementarse con el haz de razones que justifican esa aceptación si es que se quiere fundar una concepción no subjetivista de la prueba (2016, pp. 226-234).

La incapacidad de la creencia de explicar la actitud del juez en la decisión judicial, se da por varias razones: es imposible decidir tener una creencia, ya que no se puede “decidir” tener una creencia falsa si toda creencia, por definición, tiene una pretensión de verdad. La creencia “ocurre”, es causada en tanto que las evidencias a favor de una proposición causan la creencia en la ocurrencia de un hecho. Por lo tanto, el juez no justificaría, sino que explicaría las causas que le han llevado a la creencia en ‘p’, lo que sería, en estricto sentido, una motivación sobre procesos psicológicos internos. Adicionalmente, el hecho de que muchas veces los jueces fallan en contra de sus creencias, y que incluso en algunos supuestos deben prescindir de las mismas, pone de manifiesto la dificultad que apareja la noción de creencia como actitud proposicional del juez: esto se presenta, por ejemplo, en contextos en donde la prueba provee información pertinente que conforma la creencia del juez, pero que no debe ser tenida en cuenta por haber sido, por ejemplo, obtenida con violación de los derechos fundamentales o porque fue producto del conocimiento extraprocesal privado del juez (Cfr. Ferrer, 2016, pp. 227-230).

La concepción persuasiva de la prueba, no es conveniente en el proceso judicial. Si se acude al estado mental del juez -por ejemplo, a la convicción- como criterio para adoptar la decisión judicial, ésta se considerará infalible y no habrá forma de pretender su corrección a partir de criterios externos a la propia decisión, situación que, a la larga, entrabaría la eficacia de los recursos encaminados a la revisión del juicio sobre los hechos -vgr., apelación y casación-. Esta crítica no es de poca monta, si es que en verdad se quiere evitar el riesgo de arbitrariedad en el juzgamiento penal, propio del decisionismo procesal¹².

12 Elemento clave de la epistemología antigarantista, que “degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador” (Ferrajoli, 2009, p. 43).

En otras palabras, sentar una conexión necesaria y suficiente entre la “creencia del juzgador en p” y “la prueba de p”, califica la infalibilidad de la decisión judicial, promovándose con esto la idea de un poder omnímmodo ilimitado, autoritario y contrario a una epistemología garantista, puesto que se impide verificar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, y, por consiguiente, la aplicación de controles racionales en la valoración de la prueba (Ferrer, 2005, pp. 20 y ss.; Ferrer, 2007, p. 63). La íntima convicción se basa en una concepción epistemológica inadecuada para la averiguación de la verdad de los hechos¹³, cuyo método fiable de conocimiento es el mero convencimiento del sujeto cognoscente, al margen del razonamiento empleado para tal fin, propiciando la desigualdad en las decisiones al no tratar igual a los casos semejantes, porque con los mismos elementos de juicio un juez podría condenar y otro absolver (González, 2013, p. 53; González, 2015, p. 34).

Pabón ha puesto de relieve el grave problema del subjetivismo en el ámbito de la decisión judicial:

Las sentencias condenatorias fundadas en la íntima convicción o en la convicción más allá de toda duda razonable, desde la óptica de lo formal, podrán ser desde luego apeladas, pero desde la óptica de lo material, las censuras, sustentos, argumentaciones y los disensos en principio y en últimas resultarán siendo inanes, esto es, prácticamente inútiles y se podrán llegar a despachar desfavorablemente con la respuesta simplista, la que desde ahora visualizamos formateada, en sentido que: ‘el censor lo único que ha hecho, es la de anteponer sus considerativas personalísimas de convicción, frente a las íntimas convicciones mas allá de toda duda razoanble del juzgador’ (2007, p. 267).

13 Por esta razón, es que los defensores de la concepción racionalista de la prueba defienden la noción de verdad como correspondencia entre las proposiciones fácticas y la realidad, por lo que los medios de prueba allegados al proceso deben incorporar los elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una hipótesis; no obstante, si el juez o el tribunal yerran al considerar que no existen elementos de juicio para aceptarla como verdadera, cuando en realidad sí los hay (o a la inversa), surge la utilidad de hacer la distinción entre “estar probado” y “ser tenido por probado”: así, del juzgador depende lo que tenga que considerar como “probado”, pero la verdad del enunciado “está probado que p” no depende de lo que declare la decisión judicial, sino de que existan o no efectivamente elementos de juicio suficientes a favor de “p”, teniendo a la mano una teoría que nos diga cuándo o bajo qué condiciones las pruebas disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera (Cf. Ferrer, 2016, pp. 201-208).

El diagnóstico de Larry Laudan (2005, p. 102) hace ver la evidente falta de consenso en la jurisprudencia norteamericana, respecto al significado del *beyond a reasonable doubt*, que pueda resultar útil para los jurados en Estados Unidos. Se trata de una fórmula vacía y subjetiva, de la que se han intentado sugerir los más variados -y erróneos- criterios de significación para educar a los jurados. Por lo demás, la posibilidad de cuantificar, en términos probabilísticos, la creencia de la culpabilidad del acusado, debe descartarse -vgr., fijar probabilidades del 95% u 85% a la hipótesis de la acusación-, porque, determinar exactamente el grado de creencia en ese sentido, es algo imposible para los jurados, teniendo en cuenta la resistencia de tal proceder en otras áreas de la ciencia. La mayoría de físicos, por ejemplo, se encogerían de hombros, si se les preguntase si la probabilidad de la teoría general de la relatividad de Einstein es superior al 95 por ciento. Asignar probabilidades numéricas o cuantitativas a las hipótesis a probar sería, en definitiva, un proceder intuitivo y arbitrario (Ferrer, 2007, p. 120).

Todos los criterios jurisprudenciales formulados para educar al jurado de conciencia, tenían en común la referencia a estados subjetivos de la mente, situación criticada por Laudan, quien, desde la perspectiva del trabajo científico, sostiene el absurdo de aceptar la validez de una teoría, en la medida en que genere en el investigador un mero estado mental de creencia, convicción o confianza. Por el contrario, lo relevante, según el autor en comento, consiste en centrar el asunto en el análisis del grado de corroboración que recibe la hipótesis de la acusación, con base en las pruebas disponibles en el proceso, por lo que es preciso que los juzgadores conozcan los rasgos lógicos y epistémicos de la teoría del caso de la acusación, necesarios para considerar justificada una condena, y crear definiciones y ejemplificaciones del *beyond a reasonable doubt*, enfocadas en el tipo de pruebas necesarias para que una persona racional considere razonablemente la culpabilidad de un procesado (2013, pp. 89-101).

En la práctica del derecho penal, se desconoce que un estándar de prueba tiene la intención de indicar al investigador cuando está autorizado a considerar algo como probado, es decir, cuando la relación entre los elementos de prueba disponibles justifica la aceptación de una conclusión. Entonces, pretender una prueba de la culpabilidad cuando el jurado alcanza algún grado de confianza, es como decirle al matemático que tiene una prueba legítima del teorema, tan pronto como se convence de su verdad. Por esto, concluye Laudan, un estándar de prueba penal no puede ser formulado en términos de la confianza subjetiva

en una hipótesis, sino en términos de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión, a los efectos de considerar dicha hipótesis como probada (2005, pp. 104-105).

Ese cuestionamiento del concepto “mas allá de toda duda razonable”, ha generado una ola de posturas teóricas sobre la manera de formular estándares de prueba menos dependientes de la subjetividad del juzgador, que indiquen lo que se debe buscar en las pruebas para justificar la condena de un acusado. En este sentido, apuntan tesis según las cuales el jurado o el juez debería condenar, en la medida en que la hipótesis de la acusación se respalde en pruebas rigurosas que permitan inferir la improbabilidad de que la misma sea falsa, o refutar cualquier otra versión alternativa compatible con la inocencia del acusado o que, en sí, sean fácilmente explicables ante la culpabilidad y difíciles de explicar ante la inocencia, de tal forma que expliquen los hechos cruciales de la hipótesis acusatoria, sin que sea apreciable a favor de la propuesta de inocencia del acusado alguna prueba importante inexplicable por la hipótesis de culpabilidad (Laudan, 2005, pp. 107-108).

Ronald Allen sugiere que, ante la comparación de historias alternativas, el juez debe optar por la hipótesis que mejor explique los hechos probatorios, con base en la que sea más plausible (2013, p. 56); es decir, la que sea capaz de dar un sentido coherente a los hechos de la controversia. El problema de esta tesis, es que el criterio de plausibilidad carece de toda garantía de objetividad, al correr el riesgo de ser genérico, cultural y subjetivamente relativo; además, puede que algo sea verosímil si se corresponde con lo que alguien considera el curso normal de un tipo de sucesos, pero ello no significa que sea verdadero.

Laudan también ha formulado críticas a la postura de Allen. Si ninguna de las hipótesis en disputa son más o menos buenas, el jurado debe rechazar la hipótesis de la culpabilidad y absolver; si ambas son razonablemente plausibles, o la de la fiscalía proporciona la mejor explicación de la evidencia presentada en el juicio, pero la hipótesis de la inocencia no es mala, se debe absolver; si la hipótesis de culpabilidad debe ser sustancialmente más plausible que la hipótesis contraria, no es fácil dilucidar el significado de dicha afirmación, que un jurado pueda entender. Y, por último, las interpretaciones doctrinarias tendientes a indicar que la *inferencia a la mejor explicación* puede explicar la noción de duda razonable, hacen irreconocible la esencia misma de la teoría, sustituyendo el criterio original por un modelo de inferencia a la única explicación plausible; es lo que sucede cuando se afirma la viabilidad de la condena, solo si

no existe alguna explicación alternativa plausible de los datos, compatible con la inocencia del acusado (2008, pp. 7-11).

Un estándar de prueba indaga por el grado de probabilidad requerido, para que pueda darse por probado un hecho. Entender este enunciado, implica explicar algunas cuestiones previas. Por ejemplo, para Taruffo, la verdad absoluta en un proceso judicial debe ser un punto de referencia teórico, que no puede ser concretamente realizado, ya que existen distintos grados de aproximación a ese estado teórico de correspondencia perfecta entre la realidad de los hechos -jurídicamente relevantes-, y los enunciados factuales que los describen, de tal manera que los grados de conocimiento aumentan, a medida que aumentan los elementos a favor de las hipótesis (2011, pp. 180-181).

Por otro lado, si la fijación del hecho en un proceso consiste en la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis sobre el hecho, la incertidumbre que esta averiguación trae consigo, exige aplicar un método de racionalización, el cual implica razonar en términos de probabilidad inductiva o lógica, en el que el grado de probabilidad de una hipótesis depende del grado de confirmación que presente, según los elementos de prueba disponibles en el proceso (Taruffo, 2011, pp. 191-226). Ahora bien, si el juez en la valoración probatoria examina el grado de confirmación que una hipótesis ha recibido sobre la base de las pruebas, el problema es determinar cuándo ese grado es suficiente para aceptar alguna de las hipótesis normalmente incompatibles en el proceso, cuestión que supuso, para Taruffo, plantear la teoría de la probabilidad lógica prevaeciente, según la cual el juez debe elegir la hipótesis que tenga el valor de probabilidad lógica más elevado, en la medida en que recibe el mayor apoyo con fundamento en los elementos de prueba (2011, p. 299).

La teoría de la probabilidad inductiva para interpretar el *beyond a reasonable doubt*

La posición de Taruffo, anteriormente explicada, ha sido inspirada por Laurence Jonathan Cohen y su método de la probabilidad inductiva¹⁴. Según esta, una hipótesis se prueba si la contraria no es demostrada, por lo que si se tiene por cierta una hipótesis, pero a la vez aparecen otras hipótesis contrarias

14 Laurence Jonathan Cohen es la principal influencia de Taruffo para fundamentar su teoría de la probabilidad lógica prevalente (Cfr. Taruffo, 2011, pp. 224 y ss.). También es determinante en la postura de Jordi Ferrer (Cfr. 2007, pp. 45-46).

que llevarían a pensar lo contrario, la duda emerge en el momento en que estas son efectivamente demostradas (Nieva, 2013, p. 82).

La tesis principal del libro de Cohen, *The probable and the provable* (1977), es que la probabilidad inductiva, inspirada en Bacon y Mill, puede ser útil en la valoración judicial de las pruebas. Cohen equipara la probabilidad al grado de inferencia que se puede extraer, a partir del material disponible para confirmar la hipótesis. Como la inferencia se apoya en unos elementos de confirmación, es posible determinar la probabilidad de la hipótesis en términos de la calidad que tenga el material probatorio para confirmarla (Vera, 2014, p. 15). Entonces,

La comprobación de la concurrencia de la hipótesis debe considerar todas las hipótesis rivales y desechar aquellas que sean contradichas por las pruebas. En el sentido anterior, COHEN considera que la probabilidad inductiva de una hipótesis puede ser comprobada constatando que, de acuerdo al material probatorio, la hipótesis juzgada es altamente demostrable, y es también excluida cualquier otra hipótesis alternativa o contraria que explique los acontecimientos. En otras palabras, se ha de buscar eliminar la duda razonable a través de la exclusión de las razones (posibles escapatorias) que hagan dudar de la hipótesis inculpativa, en cuanto que la fuerza de la prueba va a depender de la medida en que esas escapatorias hayan sido cubiertas. La fuerza de la imputación en contra del acusado no sólo se mide conforme al material probatorio (soporte inductivo) que apoya esa hipótesis, sino también excluyendo otras posibilidades que sean compatibles con el material probatorio presentado (Vera, 2014, p. 16).

Lo interesante del planteamiento de Cohen, es que la aceptación de una hipótesis acusatoria se hace depender no solo del material probatorio de cargo que le sirve de apoyo, sino también de la exclusión de cualquier otra hipótesis contraria que pueda explicar los hechos, por lo que la supresión de la duda razonable en el juzgador implica descartar las razones que hagan precisamente dudar de la hipótesis inculpativa, a tal punto que una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuarla (Ibáñez, 2007, p. 75).

Según Ferrer, la epistemología puede ayudar metodológicamente a definir un estándar de prueba, que permita saber cuando una hipótesis se puede aceptar como verdadera, y así orientar la toma de decisiones y su control (2007, pp. 80, 142). Si se acoge el modelo de la probabilidad inductiva, es imposible cuantificar numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar una hipó-

tesis, pero sí es posible explicitar las condiciones en las que puede entenderse que dicha hipótesis está suficientemente confirmada. Este autor ha propuesto un estándar que no se basa en las meras creencias del juzgador y que permite el control intersubjetivo de su aplicación. Así, la condena solo sería procedente si se cumplen dos condiciones:

- a. La hipótesis acusatoria explica los datos disponibles (o hechos relevantes probados), integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular son efectivamente confirmadas.
- b. Deben haber sido refutadas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*, las cuales no son empíricamente contrastables (2007, p. 147).
- c. Esta propuesta permite medir el grado de corroboración de una hipótesis a partir de las predicciones que se puedan formular a partir de ella -es decir, de hechos debidamente acreditados en el proceso-, y de su incompatibilidad con hipótesis rivales. Puede que varios hechos confirmados o predicciones sean compatibles con varias hipótesis alternativas, por lo que habrá que preferir aquella que recibe el mayor apoyo o corroboración si surge una predicción incompatible o inexplicable con las hipótesis contrarias, que resultan eliminadas por este proceder.

Por ejemplo, si la hipótesis de la acusación consiste en que Juan, arquitecto, es autor del delito de peculado por apropiación, y apoya la misma en distintas predicciones plenamente demostradas -vgr., una obra de interés social inconclusa, unos dineros públicos que se giraron para construir la obra, un incremento patrimonial en el constructor-, hasta aquí la tesis de la culpabilidad puede tener confirmación. Sin embargo, la defensa podría plantear una hipótesis alternativa de inocencia: la obra no se pudo concluir por una situación de fuerza mayor, como el brusco incremento del precio de los materiales técnicos de la obra importados, a raíz de una fuerte devaluación, y la liquidación del banco estatal que estaba girando los recursos, mientras que el incremento patrimonial fue producto de una herencia que recibió el arquitecto. Luego, es claro que esta hipótesis de la defensa es compatible con las predicciones de la hipótesis acusatoria. No obstante, si la fiscalía introduce pruebas nuevas respecto a la inexistencia de un legado hereditario y la efectiva apropiación de los

recursos públicos, a pesar del fenómeno inflacionario del precio, la hipótesis de la defensa sería eliminada: *contrario sensu*, esta última sobreviviría si la fiscalía no logra refutarla, por lo que el juzgador debe absolver por *in dubio pro reo*, ante la posibilidad de mantener la hipótesis de inocencia.

El razonamiento de contrastación de hipótesis vendría a ser de la siguiente manera. Si dados unos supuestos auxiliares -conocimientos previos del mundo, máximas de la experiencia, principios de la ciencia- y unas condiciones iniciales -hechos que condicionan la ocurrencia de lo predicho-, se dan ciertas predicciones, podemos inferir la hipótesis, de tal forma que si “H y SA y CI, entonces P”. Si Quinto apuñaló a Ticio (H), no llevaba guantes (CI) y dado que la mano siempre deja las huellas dactilares en la empuñadura de cualquier cuchillo (SA), entonces puede inferirse que se encontrarán las huellas dactilares de fulano en el arma respectiva (P), predicción que, de cumplirse, constituye un elemento favorable a la hipótesis (Cfr. Ferrer, 2007, pp. 131-132). Pero, como se indicó antes, puede que existan, en el caso concreto, otras hipótesis alternativas compatibles con la misma predicción, por lo que la eliminación de alguna de ellas se efectúa a partir de una nueva predicción que no pueda explicar. Puede que la defensa de Quinto use la predicción de las huellas dactilares en el arma blanca para sustentar la hipótesis de la inocencia, en la medida en que este simplemente había, imprudentemente, tomado el arma después de la riña que sostuvo Ticio con su primo Lucio. En este caso, para eliminar la hipótesis de la fiscalía, la defensa debería introducir una nueva predicción, es decir, la prueba fiable de que efectivamente las cosas sucedieron de ese modo.

Se trata, con esta propuesta de estándar de prueba, de un aporte desde la epistemología para dilucidar la cuestión, cuyos alcances han empezado a ser discutidos. Para Nieva (2016, p. 12) con esta postura se perfila un método para el buen hacer judicial en punto de la motivación de la sentencia -en materia de hechos-, pero no se construiría, del todo, un estándar seguro alejado del riesgo de subjetivismo, ya que el número de esas hipótesis alternativas que surjan, depende de las habilidades cognitivas de cada juez, de manera que el mayor o menor grado de confirmación será variable en función del observador que sea capaz de exponer nuevas alternativas.

Considero que esta idea postula la refutación de todas las demás hipótesis explicativas de los mismos datos compatibles con la inocencia del acusado,

excluidas las meras hipótesis *ad hoc*, lo cual lo hace muy exigente¹⁵; sería difícil condenar a alguien, si se siguen de forma literal sus condiciones. Entonces, según la estructura típica adversarial del proceso penal, lo más razonable es considerar la refutación de la hipótesis alternativa eventualmente propuesta por la defensa del acusado¹⁶, lo cual serviría de límite racional a la posibilidad de explorar demasiadas explicaciones alternativas de los hechos. Por lo tanto, a la defensa le bastaría generar una duda razonable, atacando la credibilidad de las pruebas de cargo o presentando pruebas de descargo.

Pero esa hipótesis alternativa de inocencia, podría también derivarse razonablemente de la valoración de la prueba aportada por la fiscalía, si se asume que, no necesariamente de la fragilidad de la defensa técnica se sigue el éxito de la acusación, porque la fiscalía podría incurrir en una débil actividad probatoria, de la que podría surgir esa hipótesis alternativa contraria para justificar la duda del juzgador.

Lo relevante, en este orden de ideas, no es la presencia o la ausencia de dudas, sino la presencia o ausencia, en el conjunto de los elementos probatorios, de condiciones que justifican una duda, o de aquellas que deben ser superadas por el acervo probatorio existente para que se pueda dar por probada la tesis acusatoria. Bajo esta concepción¹⁷, la duda razonable sobre la hipótesis tiene

15 En el mismo sentido González (2015, p. 39), quien explica que la razón de la alta exigibilidad de este estándar -parecido al propuesto por Larry Laudan-, es su inspiración en los estándares propuestos en el ámbito científico. Precisamente, esto ha motivado la crítica reciente de Allen, en el sentido de que estas propuestas no tienen en cuenta las diferencias entre las actividades de la investigación científica y las del sistema jurídico; por lo demás, en la empresa científica un criterio de éxito de una teoría son sus “predicciones”, pero esto no tiene aplicación en la decisión judicial sobre los hechos (Allen, 2013, pp. 51-55). Personalmente, creo que esta crítica no es tan decisiva, ya que, guardando las proporciones debidas entre la ciencia y el proceso, en este último se discute un problema epistemológico, es decir, la cuestión de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho.

16 Entonces, combinando el *onus probandi* de la fiscalía con el *in dubio pro reo*, si a la acusación le corresponde probar que los hechos delictivos ocurrieron, a la defensa le bastaría con argumentar que no se ha excluido razonablemente que los hechos pudieron suceder de otra forma, de tal suerte que la motivación de la condena debe justificar la coherencia y consistencia de la tesis acusatoria, y desmontar la tesis adversa por lo datos que deja sin explicar, y/o por su inverosimilitud (Cfr. Igartúa, 2009, p. 54).

17 Sugerida por Laudan. Un estándar de prueba apropiado no depende de una confianza subjetiva en una determinada hipótesis. Al contrario, es el estándar de prueba el que debe decírnos cuando la confianza subjetiva está plenamente justificada (2005, pp. 104-105). Por eso lo realmente importante es enfocarse en el plenario probatorio que justifica el estado subjetivo de confianza o de duda.

que centrarse simplemente en los defectos de las pruebas disponibles en el proceso, por lo que no se considerará probada más allá de toda duda razonable si las mismas no eliminan o refutan la proposición o hipótesis alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado (Accatino, 2011, p. 503 y 507).

Taruffo cree que existe una duda razonable cuando, frente a la descripción del hecho que fundamenta la culpabilidad, es todavía posible sostener una hipótesis alternativa razonable en torno al mismo hecho, entendiéndose por hipótesis razonable aquella verosímil o adecuada a la forma en que, según la experiencia, se desenvuelven los hechos. Se trata de un criterio de razonabilidad práctica, ya que si no es posible imaginar una versión alternativa verosímil del hecho, se puede decir que la prueba del mismo no cuenta con ninguna duda razonable; pero, en cambio, si es posible hipotetizar al menos una versión alternativa posible, entonces la condena no puede pronunciarse (Cfr. Canzio, Taruffo, & Ubertis, 2009, p. 311).

En todo caso, para que la duda pueda merecer el calificativo de razonable, debe tener un sustento probatorio, ya que esta hipótesis alternativa posible no debe ser infundada, o imaginada por el juez. Si se recuerda el modelo epistemológico de la probabilidad lógica, el juez debe analizar las hipótesis en conflicto para elegir aquella que posea el mayor grado de confirmación. En el proceso penal, así la hipótesis acusatoria tenga un mayor grado de apoyo¹⁸, si es posible concebir, a partir de las pruebas disponibles, una hipótesis alternativa compatible con la inocencia, se debe absolver al acusado, por lo que habría que pensar que esta última debe tener un determinado grado de confirmación ante la existencia de pruebas compatibles con la inocencia del reo, que sea suficiente para resistir el intento de refutación o eliminación de la hipótesis acusatoria; pero aquí entra a figurar la presunción de inocencia para poner punto final a la dubitación, porque si las opciones de culpabilidad e inocencia se encuentran en pie de igualdad, al ser ambas plausibles, el juez tiene que absolver (Nieva, 2016,p.16).

18 Taruffo considera que se logra una “confirmación probatoria total de la hipótesis de la culpabilidad” cuando se han considerado todas las pruebas relevantes, que brindan un determinado grado de confirmación y convergen entre sí para confirmar la misma hipótesis; pero la condición fallaría si aparece una prueba que confirma una hipótesis diferente sobre un mismo hecho. Por lo tanto, el BARD sería un criterio adicional y final de verdad, en virtud del cual “la descrizione di un fatto che ha ottenuto una conferma probatoria totale è vera se -e solo se- non esiste alcuna descrizione alternativa ragionevole dello stesso fatto” (Canzio, Taruffo, & Ubertis, 2009, p. 319).

Ciertamente, la idea de las hipótesis alternativas ha tenido eco en la jurisprudencia del TS, ya que ha sostenido que la imputación fáctica solo puede afirmarse cuando, no siendo la misma ilógica ni arbitraria, no han sido acreditadas otras hipótesis fácticas alternativas que, siendo igualmente razonables, puedan justificar la absolució¹⁹; tesis compatible, por lo demás, con el respeto a la presunción de inocencia. Como indica Sánchez-Vera, no basta con la constatación de la racionalidad aislada de la sentencia, ya que lo racional solo lo es, desde un taxativo punto de vista lógico, si han sido descartadas otras posibles alternativas, de manera motivada (2012, pp. 169-170). Si una motivación racional implica afirmar y refutar hipótesis en competencia, no debe contentarse el juez con la fundamentación de la mayor probabilidad de una sola de las hipótesis, según las pruebas concurrentes a su favor; también debe abordar las razones probatorias que marcan una resistencia u oposición a la hipótesis asumida, porque, a fin de cuentas, el requisito del control de la no refutación es garantía de su mayor grado de corroboración (Ferrer, 2007, pp. 86-87).

¿Qué relación podría establecerse entre la propuesta de estándar de prueba a partir de la probabilidad inductiva, y la presunción de inocencia? La presunción de inocencia debe entenderse, en la fase de valoración de la prueba, como un principio que pretende persuadir al juzgador para que no se deje llevar por el prejuicio social de culpabilidad, causado por diversos motivos, no siempre perceptibles en el proceso: la noción de peligrosidad en el inconsciente colectivo, el comportamiento gregario del ser humano, la murmuración como forma de cohesión social y la influencia de antaño del sistema inquisitivo (Nieva, 2016, pp. 5-7), por lo que, ante el grave coste social que supone condenar a un inocente, se obliga, por parte de la ley positiva, a interpretar situaciones de deficiencia probatoria a favor de la inocencia²⁰.

La presunción de inocencia exige, como regla de juicio, un estándar de prueba que, en su aplicación, sea intersubjetivamente controlable, con el propósito de hacer viable la función de garantía del principio, en el momento mismo de la valoración probatoria. Esto sería lo ideal, ya que el ciudadano tendría seguridad frente al resultado probatorio que habilitaría su declaración de inocencia. Pero para lograr esto, se requiere una teoría racional, tomada de la epistemología (Ferrer, 2016, pp. 268-269).

19 Véase las SSTs 397, de 6 de abril de 2006; 331, de 9 de junio de 2008; 65, de 5 de febrero de 2009; 22, de 26 de enero de 2011, entre otras.

20 Esta es la concepción operativa para la fase de valoración de la prueba (Cfr. Nieva, 2013).

Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, la presunción de inocencia es un derecho fundamental, pero, al mismo tiempo, una presunción *iuris tantum*:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia implica no considerar culpable a la persona hasta que una sentencia en firme declare cabalmente su responsabilidad penal. Por tratarse de una presunción *iuris tantum*, puede derruirse mediante prueba de cargo que obviamente acredite tanto la ocurrencia fáctica del comportamiento punible, como la ligazón jurídica con el procesado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, 26643).

De tal presunción, se deriva el principio de resolución de duda a favor del acusado, ante la obligación del operador judicial de absolver al enjuiciado, cuando no tenga la convicción de su responsabilidad; es decir, cuando se halla en un estado de incertidumbre. En una sentencia posterior, la Corte capitalizó la postura anterior:

Corresponde al ente estatal competente, la carga de probar que una persona es responsable de un delito o que participó en la comisión del mismo, y, por consiguiente, la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador debe encaminarse a derribar dicha presunción, mediante la práctica de las pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación. Por el contrario, si no es posible desvirtuar la presunción de inocencia, corresponde absolver al implicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues el derecho a la presunción de inocencia se convierte en una guía para el adelantamiento de la actuación, de tal manera que el sindicado no puede ser condenado mientras no exista prueba de su responsabilidad penal. (Corte Suprema de Justicia, 37796, 2014).

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* (es decir, derrotable, porque admite prueba en contrario), un principio y una garantía, que supone un límite al ejercicio del *ius puniendi*. Garantiza que, sin conocimiento suficiente a partir de las pruebas, no puede haber condena; luego prescribe la inadmisibilidad de una decisión condenatoria sin pruebas, o en presencia de contrapruebas relevantes (Suárez, 2016, p. 86).

El estándar de conocimiento más allá de duda razonable en el derecho procesal colombiano

Algunos países, como Italia, Chile y Colombia, han importado el estándar en el contexto de re-acomodación de sus sistemas de juzgamiento penal al modelo oral acusatorio, por lo que, ante las dificultades hermenéuticas que el *beyond a reasonable doubt* ha experimentado en la experiencia judicial norteamericana, es necesaria una reflexión sobre la proyección de la discusión en los sistemas de *common law* y las posibilidades interpretativas actuales, y que podrían consolidarse en la jurisprudencia y en la doctrina de los países que han adoptado este estándar²¹. Se analizará el caso colombiano, a partir de lo dispuesto en la ley 906 de 2004.

La importación de este estándar de prueba en Colombia, no ha estado exenta de problemas. En la práctica judicial, su aplicación ha supuesto una automática rutina por parte de los jueces, quienes culminan la lectura de sus fallos con una conocida expresión: “examinados todos los medios de prueba, a la luz de las reglas de la sana crítica, este juzgado ha llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado”. Esta frase suele repetirse en los tribunales como una especie de mantra, por lo que la aplicación del estándar termina agotándose en la pura afirmación de la existencia de convicción por parte del juez, sin una justificación reflexiva sobre la suficiencia de las pruebas para condenar (Accatino, 2011, p. 497). El problema, no es que sea innecesaria o impertinente su formulación, en estos términos; lo realmente preocupante, es que detrás de esta reiterativa frase, la fundamentación racional de la valoración de las pruebas puede ser deficiente o nula, cuando no manifiestamente errónea, lo que no permite identificar en qué medida se considera racionalmente que la hipótesis de la fiscalía ha superado ese estándar.

En otras palabras, los dos extremos presentan problemas, ya que el estándar importado tiene dificultades hermenéuticas que lo hacen inoperante, y la

21 Esta reflexión es muy necesaria, más aún cuando, ingenuamente, algunos de los ordenamientos que han incorporado el estándar BARD pertenecen al sistema de *civil law*, en donde prevalece el juez profesional, habituado a valorar la prueba y obligado a motivar su decisión sobre los hechos. En este sentido, urge una reflexión sobre la teoría de la prueba judicial y su respectiva valoración, con miras a la elaboración de un estándar aplicable en el *civil law*, aunque sin marginar absolutamente el BARD estadounidense, ya que este supone la enunciación de un principio ético y político valioso y plenamente compartible (Taruffo, 2005, pp. 121-122).

evaluación de las pruebas en conjunto resulta, en ocasiones, una actividad arbitraria e injustificada en las sentencias, por defectos de valoración. Por ejemplo, por asumir la teoría del caso de la fiscalía como una “verdad apodíctica”²², sostener las propias hipótesis aun en presencia de contrapruebas, desconocer o tergiversar hechos probados en el proceso, y renunciar a la posibilidad de la duda -costumbre de honestidad intelectual-. Probablemente, el origen de estos problemas sea el sesgo confirmatorio, en virtud del cual el juez asume la hipótesis acusatoria y prioriza los elementos probatorios que la apoyan, a veces débilmente, sin considerar la posibilidad de otras hipótesis compatibles con esos elementos y si existen lagunas probatorias que, de colmarse, permitirían confirmar o descartar otras hipótesis (Cfr. Ferrer, 2017, p. 12).

Por esta razón, es necesario asumir una nueva interpretación del *beyond a reasonable doubt* -o un estándar diferente, en la medida de las posibilidades legislativas-, a partir de criterios epistemológicos intersubjetivamente controlables, que garanticen una efectiva y verdadera motivación racional de la prueba; sin un estándar de prueba epistemológicamente fundado, es imposible la valoración y la motivación racional de la sentencia en materia de hechos.

En la doctrina colombiana, Parra Quijano analiza el origen del estándar remontándose al procedimiento inglés, en el cual se identificaba el *beyond a reasonable doubt* con un estado subjetivo de certeza, normalmente aplicado por la institución del jurado de conciencia²³. Siguiendo los derroteros de la ley procesal penal vigente (ley 906 de 2004), considera Parra (2011, pp. 827-837) que este código se inserta en la concepción de la certeza objetiva, que a diferencia de la subjetiva (íntima o autística), explica el fundamento de ese asentimiento, con base en todas las pruebas disponibles. Así, el artículo 7º del CPP establece que “para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”, pero ese convencimiento debe basarse en pruebas, según lo previsto en los artículos 372 -que indica que el fin de las pruebas es llevar al conocimiento del juez, más allá

22 Lo cual sería una petición de principio. Con este sofisma se confiere al razonamiento probatorio un carácter tautológico y circular; la hipótesis acusatoria funcionaría como criterio de orientación de la investigación, filtro selectivo de la fiabilidad de las pruebas y contrapruebas, y como clave interpretativa del material probatorio (Cfr. Ferrajoli, 2013, p. 464).

23 Por lo demás, el BARD es un estándar propio de los sistemas de íntima convicción, por lo que no es compatible con las reglas de la sana crítica como método de valoración de la prueba; por esta razón es inaplicable, aunque como frase equivale sin vacilación a la certeza objetiva, y con mayor razón cuando el método de valoración son las reglas de la sana crítica (Cfr. PARRA, 2011, p. 832).

de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio- y 381 -que expresa, como condición para proferir condena, ese conocimiento más allá de toda duda, fundado en las pruebas debatidas en el juicio-. La misma idea se desprende de artículo 340 del CPP chileno, cuyo tenor reza así: “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio”.

Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Para la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento que el juez se provee debe responder a la “certeza racional”, que es aquella obtenida conforme a la información probatoria valorada en conjunto. Históricamente, la corporación ha asimilado que la noción de convencimiento “más allá de toda duda razonable” corresponde a un estado subjetivo de conocimiento, que no puede asimilarse a la certeza absoluta:

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible, desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 32863, 2010).

De esta manera, cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional, ante la presencia, en el marco del cuadro probatorio, de una duda realmente capaz de crear un estado de incertidumbre sobre la existencia del delito y la participación del acusado, se debe acudir al *in dubio pro reo*, resolviendo la vacilación probatoria a favor del acusado:

En este orden de ideas, el juzgador llega al estado de certeza racional para proferir una condena, con base en las pruebas practicadas en el proceso penal respecto a los aspectos sustanciales demostrativos de la materialidad del delito y la responsabilidad del sindicado:

Lo requerido para emitir un fallo de condena corresponde al estadio del conocimiento propio de la certeza racional, como asentimiento síquico y estado firme de la mente en relación con la ocurrencia de un delito y el compromiso del sujeto pasivo de la acción penal judicial; en cambio, el principio *in dubio pro reo*, como fundamentador de la presunción de inocencia, corresponde al estadio de incertidum-

bre dada la falta de solidez de los elementos probatorios que le impiden al operador judicial aplicar las normas sustanciales que definen y sancionan los delitos objeto de investigación. Obviamente, a tales estadios se arribará luego de la valoración en conjunto de las pruebas tanto directas como indirectas. Si la vacilación es intrascendente no podrá ser resuelta en favor del procesado, pues sólo será viable la aplicación de tal garantía cuando la duda sea de entidad en relación con el aspecto objetivo o subjetivo del comportamiento punible. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20784, 2009).

De esta concepción, vale la pena resaltar dos cuestiones: la primera, que la jurisprudencia parte del estado de la mente del juzgador -es decir, de la certeza- para definir el contenido del conocimiento más allá de duda, solo que la denomina “racional”; y la segunda, que ese estado es ocasionado por la valoración conjunta de todas las pruebas, por lo que no se trata de un asentimiento inefable, sino de uno fundamentado en los medios de prueba practicados en el proceso.

Ahora bien, frente a la duda, ha dicho la corporación que es un estadio cognoscitivo en el que, en la aprehensión de la realidad objetiva, concurren fenómenos probatorios a favor y en contra, es decir, que afirman y a la vez niegan la existencia de la conducta material objeto de conocimiento penal:

En esa medida, en los supuestos de la duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que convergen pruebas de cargo y descargo, de contenidos afirmativos y negativos, los cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre, de ausencia de plenitud probatoria en cuanto a lo material se refiere y de carencia de certeza como estadio de convicción, respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales que se discutan al interior del singular proceso penal objeto de examen. En igual sentido, en este instituto se integran aspectos objetivos y subjetivos, desde los cuales se puede inferir que el *in dubio pro reo* no se consolida por los simples efectos unilaterales de los dilemas o expresiones encontradas que se relacionen con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en que contienen manifestaciones en contravía. Con lo anterior se significa que, en orden a la materialización de este apotegma y su correlativa demostración, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en enunciar su presencia ni en identificar las circunstancias de perplejidad o para el caso de lo acusado en la afirmación, de que los juzgadores de instancia se inclinaron más en lo dicho por las víctimas que en los testimonios de los familiares, sin relacionar

contenidos de prueba que nieguen o excluyan la autoría del procesado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2010, 34447).

La Corte en sentencia de 26 de octubre de 2011 (radicado 36.357, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), perfiló en sus aspectos esenciales el modelo epistemológico trazado en la ley 906 de 2004, muy a tono con la teoría de la probabilidad inductiva promovida por la tradición racionalista de la prueba. En términos generales, asume los siguientes postulados:

- a. La constitucionalidad y legalidad de una decisión no depende de la motivación de un estado psicológico del juez, sino de la necesidad de exteriorizar unos argumentos susceptibles de contraste y refutación:

Lo importante, entonces, no es acudir a las propias convicciones y creencias del sujeto cognoscente (ni mucho menos debatirlas), sino concretar el razonamiento a través del lenguaje (o, mejor dicho, mediante la acción de comunicarse) y dejarlo ‘objetivado’, es decir, que adquiera la facultad de ser aceptado, afirmado, negado, criticado y defendido por cualquier otro. En este orden de ideas, cuando en el juicio oral las partes formulan a lo largo de sus intervenciones proposiciones empíricas o valorativas enfrentadas (por ejemplo: “Pedro mató a Juan”, por un lado, contra “Pedro no mató a Juan” o “Pedro actuó en defensa propia”, por el otro), están ofreciendo a los distintos auditorios que las evalúan el contenido lógico-informativo de las mismas, a fin de ser sopesadas y discutidas en virtud de la metodología aplicable, que en nuestra tradición jurídica es conocida como el método de la sana crítica o persuasión racional. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, 36357).

- b. Es imposible alcanzar la certeza absoluta, por lo que normalmente la decisión correcta será la más próxima a la verdad, aunque es irrenunciable en el proceso la búsqueda de la verdad material:

“El proceso penal [...] no puede garantizar de manera completa la justicia material del caso concreto (aunque lo busca), sino se satisface con reducir al mínimo (y no con eliminar, pues ello sería inalcanzable) los momentos potestativos y las posibilidades de arbitrio en la actuación mediante un modelo que dé cabida a la refutación de las teorías e hipótesis en pugna”. Esta postura no niega entonces la existencia de una verdad material como propósito indeclinable del ordenamiento jurídico. Simplemente, reconoce las dificultades que

entraña la obtención de ese fin, razón por la cual es preferible afirmar que la correcta decisión dictada dentro del proceso es aquella que se puede calificar como la más próxima a la verdad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, 36357).

- c. La valoración de la prueba depende de evaluar los enunciados fácticos que la integran:

La valoración de la prueba en la Ley 906 de 2004 depende de evaluar los enunciados fácticos o valorativos que la integran (del tipo “*vi a Pedro con un arma antes de la muerte de Juan*” o “*Juan no era enemigo de Pedro*”) siempre en función de la teoría (o de la modalidad de refutación de ésta) que la parte haya pretendido acreditar. Esto último implica para la defensa el desempeño de un papel más activo y diligente que en el anterior sistema de procedimiento penal, pues ya sea con medios de conocimiento o con argumentos jurídicos, tendrá la carga procesal de desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía (o, por lo menos, de plantear una duda razonable al respecto), pudiendo para tal efecto construir una o varias propuestas de solución al problema (es decir, plantear explicaciones alternativas a los hechos imputados), incluso si al final decide no sustentarlas durante el juicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, 36357).

- d. d) La defensa tiene la carga de refutar la teoría del caso de la fiscalía, o por lo menos, plantear una duda razonable, pudiendo para tal efecto plantear explicaciones alternativas a los hechos imputados, mientras que a la fiscalía le corresponde construir una teoría del caso que resista la crítica inmanente de la defensa, y refutar las propuestas de solución esgrimidas por la contraparte.
- e. e) El principio *in dubio pro reo* aplica cuando la defensa, a pesar de la solidez y coherencia de la teoría de la fiscalía, expone una teoría exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la contraparte, por lo que, dada esa coexistencia, surge la duda razonable; cuando las teorías de la acusación y de la inocencia no demuestran lo prometido, opera la presunción de inocencia, así como cuando la crítica de la defensa halla errores en la teoría del caso de la acusación que la desacreditan.
- f. f) Cuando la teoría de la parte fiscal sobrevive al enfoque crítico mientras que la de la defensa es derrotada, sería viable hablar de conocimiento o convencimiento para condenar:

Aun en la eventualidad de sostener una teoría de acusación sólida, coherente, que ofrezca una explicación de lo sucedido y carezca de contradicciones, si la defensa hace otro tanto (esto es, si expone una teoría exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la Fiscalía, al igual que la de los demás sujetos que intervienen en la actuación y, en todo caso, la del juez), debe aplicarse el *in dubio pro reo*. Es decir, el funcionario no podría llenar los vacíos de ninguna, ni mucho menos decidir cuál de las dos hipótesis considera más ajustada a la realidad de los hechos, pues dada su coexistencia (o, mejor dicho, la refutación externa, no interna, de cada una de las teorías) el conocimiento lógico-objetivo de la imputación siempre estará impregnado por una “*duda razonable*”.

2.4.3. Si tanto la teoría del organismo acusador como la de la defensa en realidad no resuelven el problema (bien sea porque no demostraron lo prometido, o porque las proposiciones empíricas y jurídicas de ambas partes fueron insuficientes, irrelevantes, equívocas, falaces, etc.), también opera la presunción de inocencia.

2.4.4. Con mayor razón, cuando la crítica halla en la tesis acusatoria errores que la desacreditan, pero en la teoría absolutoria de la defensa no, la garantía debe aplicarse. Es más, en una situación así, no cabe hablar de duda, sino de la inocencia del procesado.

2.4.5. Por último, sólo cuando la teoría de la parte fiscal sobrevive el enfoque crítico, mientras que la del defensor es derrotada, sería viable hablar de conocimiento o convencimiento para condenar.

En síntesis, la carga de la defensa gira alrededor de demostrar un error (interno o externo) en la teoría de la acusación, del cual pueda derivarse al menos una duda razonable. Pero la obligación procesal de la Fiscalía es de mayor envergadura, pues, por un lado, debe sustentar la imputación (es decir, construir un caso que resista a la crítica inmanente de la defensa), y, por el otro, tiene que refutar, mediante proposiciones fácticas o jurídicas apoyadas en las pruebas del juicio, las propuestas de solución esgrimidas por la contraparte (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2011, 36357).

La duda, como condición de aplicación del brocardo *in dubio pro reo*, supone la existencia simultánea de motivos afirmantes e infirmantes respecto a una hipótesis en particular:

Esta categoría sustancial, es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate, que para el caso del debido proceso penal no puede ser otro que el delito entendido en su

dimensión integral. En esa medida, en los supuestos de divergencias, se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídicas en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2010, 33697).

Este planteamiento es similar al propuesto por Nicola Framarino Dei Malatesta, quien habla de certeza cuando los motivos divergentes de la afirmación no merecen ser racionalmente considerados, y la afirmación o hipótesis se mantiene, mientras que, en la duda, existe una equiparación de los motivos convergentes y divergentes:

La certeza no tiene nunca motivos que aparten de la creencia, dignos de tenerse en cuenta; y que la probabilidad, al paso que presenta mayores motivos que convergen hacia la creencia, tiene menores motivos que apartan de esta y que son dignos de ser tenidos en cuenta. Pues bien, cuando hay equiparación entre motivos convergentes y divergentes existe duda en sentido específico, esa duda que llamo simple credibilidad (2002, p. 73).

Según Framarino, las pruebas de la culpabilidad comprenden las incriminantes, que tienen como fin inmediato la prueba de la culpabilidad del reo; las corroborantes, que robustecen la credibilidad dudosa de una prueba incriminante; y las infirmantes de la inocencia. Por otro lado, las pruebas de la inocencia comprenden las pruebas excusantes, que tienen por fin inmediato probar la inocencia; las corroborantes, que robustecen la credibilidad de una prueba excusante; y las pruebas infirmantes de la acusación. A la defensa le basta con hacer sospechosa la certeza de la culpabilidad, haciendo creíble la hipótesis de inocencia, por lo que, con la duda, se puede justificar la inocencia. Es suficiente hacer surgir la más pequeña duda racional sobre la credibilidad de las pruebas incriminantes, para que estas no puedan servir de fundamento a una decisión condenatoria (2002, pp. 151-153).

Para finalizar, recientemente la Sala Penal de la Corte afirmó que este grado de certeza racional (o más allá de duda razonable) es el que debe necesariamente alcanzar la fiscalía para obtener una condena, mientras que si la defensa técnica propone hipótesis alternativas fundamentadas en información que tiene disponible, le basta con demostrar la plausibilidad de esa hipótesis alternativa:

Ahora bien, cuando la Fiscalía ha demostrado la hipótesis de la acusación, y la defensa pretende proponer hipótesis alternativas, fundamentadas en información a la que tiene más fácil o exclusivo acceso (por ejemplo, la prueba del origen lícito de una fortuna), tiene la carga de demostrarlas, bajo el entendido de que los estándares de conocimiento son diferentes: la Fiscalía debe demostrar su hipótesis en grado de certeza (racional) o más allá de duda razonable (ley 906 de 2004), mientras que a la defensa le basta con demostrar que la hipótesis alternativa es verdaderamente plausible (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 40120, 2017).

Si bien es cierto que el acusado no está obligado a presentar pruebas que acrediten su inocencia, y que lo cobija la presunción de inocencia, si la fiscalía presenta en su contra evidencias incriminatorias, la controversia de estos elementos de juicio le corresponde, como es natural, a la defensa:

Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Ese principio fundamental se sustenta porque, en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del *in dubio pro reo*, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor.

Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para

determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 31147, 2009).

En una decisión posterior, la Corte consideró que la duda razonable puede predicarse cuando, durante el debate probatorio del juicio oral, se verifica la existencia de una hipótesis verdaderamente plausible que resulta contraria a la responsabilidad jurídico-penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante, de tal manera que, por la dinámica del sistema regulado en la ley 906 de 2004, las hipótesis que potencialmente pueden generar duda razonable pueden ser propuestas por la defensa, aunque no puede descartarse que dicha hipótesis esté implícita en la acusación y/o sea detectada por el juez durante el juicio oral, así no se haya aludido a ella expresamente por las partes²⁴.

La interpretación del conocimiento más allá de duda razonable, como estándar de condena en el proceso penal, debe inscribirse en la defensa de un derecho penal mínimo, promotor de las garantías penales que, en el plano legal, aseguren al máximo la comprobación de la verdad jurídica, esto es, la refutabilidad y verificabilidad de los tipos penales previstos en la ley; de las garantías procesales, que, en el ámbito jurisdiccional, aseguren la comprobación de la verdad fáctica, o sea la confirmación de la hipótesis de la acusación y la refutación por parte de la defensa; y, por último, de las condiciones para aceptar la tesis acusatoria como verdadera: a) que haya pluralidad de confirmaciones por *modus ponens*, con lo que se satisface la carga de la prueba; b) que no exista ni una sola confutación por *modus tollens*, con lo que se entiende ejercido el derecho a la defensa; y c) que se desmientan las hipótesis explicativas alternativas a la acusatoria (Ferrajoli, 2013, pp. 459-465).

La jurisprudencia penal colombiana ha empezado a derivar las consecuencias del modelo epistemológico judicial que promueve el probabilismo y el método de la contrastación de hipótesis. El problema consiste en que aún no se ha construido, con estos argumentos, una línea jurisprudencial sólida, que en el futuro permita una reformulación hermenéutica del criterio “más allá de toda duda razonable” vinculante para la jurisdicción penal, que de hecho

24 CSJ, sentencia SP3168-2017 de marzo 8 de 2017, radicado 44.599, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

podría servir, eventualmente, como base para una propuesta de *lege ferenda* respecto a un auténtico estándar de prueba, que sea intersubjetivamente controlable. Por lo pronto es posible, partiendo del enfoque epistemológico visto, proponer una interpretación que pueda ser útil al operador de justicia para motivar de manera racional sus decisiones de absolución y de condena.

Entonces, la hipótesis de la acusación, apoyada en una fuerte pluralidad de confirmaciones probatorias, deberá aceptarse como verdadera, si y solo si no existen, en el marco de las pruebas disponibles, ninguna posibilidad de concebir alguna hipótesis alternativa razonable que sea compatible con la inocencia del imputado. Dicha hipótesis alternativa justificativa de la duda, debe derivarse exclusivamente de las probanzas obtenidas en el juicio. Puede ser propuesta por la defensa técnica, o estar implícita en la teoría del caso de la fiscalía, pero, en todo caso, el juez no puede considerar alternativas inviables que no sean derivables de lo alegado y probado en el proceso.

Como se pudo apreciar, la normatividad, en armonía con las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia, expresa que ese convencimiento judicial debe estar fundado en las pruebas debatidas en el juicio oral; es decir, debe ser producto de las pruebas practicadas en el proceso. Esto es consistente con una premisa básica de este trabajo: la prueba legítima de una hipótesis, no es el mero convencimiento en la prueba -algo impensable en la ciencia-, porque el estándar no depende de una confianza subjetiva en la proposición fáctica. Su verdadero rol consiste en determinar cuando esa confianza se encuentra justificada (Cfr. Laudan, 2005, pp. 104-105).

El convencimiento judicial hace parte de la dimensión psicológica inevitable de la decisión; En opinión de Haack (2013, p. 71), el lenguaje en que se expresan los estándares de prueba es parcialmente psicológico, pero también en parte epistemológico, en la medida en que deben referirse a la calidad de las pruebas presentadas. Sin embargo, el grado de creencia del juzgador de los hechos es una cuestión secundaria, ya que, lo realmente importante, es el peso o la fuerza de las pruebas: cuanto más avalen las pruebas a p , el juez tendrá más confianza en que p es verdadero.

Ahora bien, si la defensa plantea una hipótesis alternativa favorable al acusado, el nivel de suficiencia probatoria para darla por probada no tiene que ser el mismo que se le exige a la acusación. La jurisprudencia colombiana ha explicado que la hipótesis debe ser, como mínimo, plausible, pero lo relevante es que tenga confirmación en las pruebas practicadas en el proceso, y así pueda

integrar una versión coherente y verosímil de los hechos. Un grado de confirmación sólido, implicaría un fallo absolutorio²⁵, mientras que un grado de confirmación débil, que permita inferir un relato compatible con la inocencia a partir de las pruebas que confirman la culpabilidad, también daría pie a la absolución. En todo caso, si la defensa demuestra la posibilidad explicativa alterna, y esta no es refutada -es decir, subsiste simultáneamente con la hipótesis de la fiscalía-, se debe aplicar el *in dubio pro reo* como regla de juicio y absolver al acusado²⁶. En términos de probabilidad inductiva, si las dos hipótesis en competencia tienen un determinado grado de confirmación probatoria, basta con que la hipótesis de la inocencia sobreviva con una contraprueba, así pueda esta integrarse a la versión de la culpabilidad -supuesto en el que hablamos de una confirmación débil de la hipótesis-. Por lo demás, se entiende que, si la hipótesis de inocencia sobrevive, es porque no ha sido eliminada o refutada mediante una predicción comprobada compatible con la hipótesis contraria e incompatible con ella misma; es decir, no concurre un hecho predicho que no hubiera podido predecir y/o explicar la hipótesis de inocencia.

Supóngase que la defensa, en un caso de hurto, demuestra en juicio la hipótesis de que el imputado tenía las joyas en su poder porque, en su calidad de empleado, al verificar el sonido de la alarma corrió a la entrada de la casa y las halló tiradas en el suelo, por lo que las tomó para entregarlas a su dueña. En ese caso, la predicción de las joyas en poder del acusado sería compatible con la teoría de la fiscalía, por lo que si la acusación no demuestra una predicción adicional que permita eliminar la versión invocada por la defensa -vgr., la existencia de huellas dactilares del acusado al interior de la casa-, las dos hipótesis tendrían un grado de confirmación que no permitiría hacer una elección racional (Ferrer, 2007, p. 135). La única elección viable jurídicamente, es la absolución en aplicación de la duda razonable como regla de juicio, porque es aun posible, con base en el material probatorio disponible, considerar racionalmente la hipótesis alternativa compatible con la inocencia, siendo en este caso inaceptable la hipótesis acusatoria.

25 Aquí decimos que las pruebas confirman sólidamente la hipótesis si las mismas no pueden explicarse si la hipótesis contraria fuera verdadera; es decir, si no es posible construir una versión de los hechos que integre esas pruebas y sostenga al mismo tiempo la hipótesis contraria -la de la acusación-, escenario en el cual esta última se habrá eliminado por las predicciones que no pueda explicar.

26 Por lo tanto, el *in dubio pro reo* se desconoce cuando, coexistiendo varias hipótesis explicativas de los hechos, se descarta la favorable al acusado.

Esta propuesta de interpretación del conocimiento más allá de toda duda razonable se basa, como se puede ver, en criterios epistemológicos, a tal punto que algunos autores creen que las propuestas de estándar que se basan en la eliminación de hipótesis alternativas, son adaptaciones derivadas de criterios de valoración racional de la prueba, a pesar de que, una cosa es el estándar de prueba, cuya función principal consiste en indicar a partir de qué umbral podemos aceptar como verdadera una hipótesis, y otra los mencionados criterios de racionalidad²⁷, que nos permiten determinar la hipótesis que cuenta con el mayor grado de apoyo o confirmación según los elementos de prueba disponibles (Cfr. González, 2015, p. 33; Gascón, 2005, pp. 138-139).

El estándar de prueba sirve de guía para la valoración racional de la prueba, y como criterio para reconstruir la justificación de la decisión probatoria (Gascón, 2005, p. 129). No obstante, su formulación implica también definir una distribución de los posibles errores en la decisión judicial -es decir, aceptar como verdadero lo que es falso, o aceptar como no probado lo que es verdadero-, cuestión ajena al ámbito de la epistemología, en tanto que depende de una elección política o moral que, en esencia, atiende a los derechos o intereses que podrían verse afectados (Ferrer, 2007, p. 81)²⁸.

En el proceso penal se considera que es mucho peor dar por demostrada erróneamente la hipótesis acusatoria, dada la importancia de los derechos e intereses que podrían lesionarse, por lo que se exige un estándar de prueba muy exigente o elevado. En efecto, comparando los costos de las condenas y de las absoluciones falsas, resulta de mayor envergadura el error de la condena falsa -sin que, desde luego, sean triviales los costos de las absoluciones falsas-, ya que, aparte del efecto de impunidad, el mensaje a los potenciales delincuentes sobre la posibilidad de no ser sancionados por sus delitos y del probable aumento en la tasa de criminalidad, se afecta gravemente el buen nombre, la

27 Se pueden mencionar, por ejemplo, la cantidad, la variedad, la solidez, la pertinencia y la fiabilidad de las pruebas disponibles, así como el fundamento cognoscitivo de las máximas de la experiencia empleadas, la refutabilidad, la eliminación de hipótesis alternativas y la coherencia.

28 En este sentido, es muy interesante la posición de Laudan. Para este autor, el estándar de prueba determina el umbral mínimo que se ha de satisfacer para considerar una hipótesis probada, pero también es un mecanismo para distribuir errores de condenas falsas y de absoluciones falsas, según una elección política o valorativa. Ante la pregunta del nivel de estándar de prueba ideal, lo conducente es conocer la razón proporcional, derivada del consenso social, entre el número de absoluciones falsas y de condenas falsas dispuestas a aceptarse (2013, pp. 104-111).

libertad y los derechos políticos de la persona erróneamente condenada (Laudan, 2013, p. 111), por lo que, lo deseable, es hacer más difícil condenar a un inocente que absolver a un verdadero culpable. En similar sentido, Ferrer (2007, pp. 142-143) indica que la razón por la cual el estándar probatorio en materia penal es más exigente, es que es socialmente preferible una absolución falsa que una condena falsa.

El gran problema es que, si se define el estándar a partir de los criterios de racionalidad epistemológica, se deja de lado la función de distribución del riesgo de error (González, 2015, p. 40). La determinación de la *ratio* aceptable de falsas condenas y de falsas absoluciones, según la elección política de la sociedad, creo que por el momento no deja de ser una función difícil de concretar, no obstante que, por lo menos, desde una filosofía del derecho penal garantista, el consenso está en mantener un estándar de prueba penal lo más exigente posible, que disminuya al máximo la probabilidad de falsas condenas, por los graves costes que implica para la sociedad y para la persona injustamente condenada. La propuesta de la tradición racionalista de la prueba, como se vio, se destaca por el método de la eliminación de hipótesis rivales y la posibilidad de concebir alguna compatible con la inocencia del reo dentro del marco de lo alegado y probado en el proceso, por lo que resulta bastante exigente para la acusación, y acorde con la necesidad de evitar las falsas condenas.

Conclusiones

La interpretación planteada del *beyond a reasonable doubt*, sirve para racionalizar la motivación de las pruebas, ya que le brinda un significado claro y epistemológicamente correcto; es decir, menos vago, menos susceptible de arbitrariedad judicial y cimentado en criterios externos al propio decisor, tomados de la probabilidad inductiva o lógica, para facilitar el control del razonamiento probatorio, mediante los recursos de ley. Así las cosas, el estándar así interpretado, permite verificar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar los mismos datos, si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas fiables y suficientes (o no), y si se contrastaron las predicciones o inferencias que la hipótesis que se considera probada, permite realizar.

Esta interpretación epistemológica permite reducir, en la mayor medida posible, el riesgo de arbitrariedad e irracionalidad en la decisión judicial, que podrían conducir a sentencias injustas, es decir, declarativas de falsas absoluciones y -lo que es peor- de falsas condenas. La subjetividad es ineliminable, por lo que la apuesta presentada en este libro parte de un estándar fundado en premisas epistemológicas, racional e intersubjetivamente controlable, que pueda ser justificado de forma concienzuda y responsable en la decisión. La tesis defendida también tiene implicaciones positivas en el ejercicio de las garantías procesales: Se podría hacer viable, con mayor certeza, la garantía de la presunción de inocencia en su faceta de regla de juicio, la imparcialidad y la doble instancia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha estado, desde hace algún tiempo, andando por estos senderos hermenéuticos. No hay que dejar de lado el hecho de que este enfoque epistemológico fundamenta un método de valoración racional de la prueba -y por supuesto, una forma de definir estándares-, que fomenta en el juez la explicación clara, ordenada y detallada del razonamiento probatorio de su decisión, por medio del método científico de contrastación de las hipótesis en juego, el cual coadyuva mejor al entendimiento de lo realmente sucedido; además, se insiste, resulta útil para la motivación de la sentencia penal y para el control de la misma en instancias superiores.

En el caso colombiano, el convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, debe ser producto del cuadro probatorio obtenido en el proceso; en ese orden de ideas, debe estar justificado, a partir del significado del estándar

propuesto por la concepción racionalista de la prueba, en la motivación de la valoración probatoria que se plasma en la sentencia. El artículo 162 de la ley 906 de 2004, es explícito en indicar que la sentencia debe contener una “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”.

Ahora bien, la razonabilidad de la duda depende de la verificación efectiva de pruebas que permitan mantener la hipótesis alternativa compatible con la inocencia del acusado, lo cual obliga al juez a la absolución. En caso contrario, si la misma es eliminada o refutada, se entiende cumplido el estándar probatorio penal exigido por la ley procesal penal para emitir un fallo condenatorio, por lo que, en este caso, las pruebas habrán cumplido la finalidad prevista por el legislador en el artículo 372 de la ley 906 de 2004.

Bibliografía

ACCATINO, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 483-511. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173622791011>

ALLEN, R. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En C. Vázquez (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial pons.

BENTHAM, J. (2008). *Tratado de las pruebas judiciales*. México: Editorial Jurídica Universitaria S.A.

CANZIO, G., TARUFFO, M., & UBERTIS, G. (2009). Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 305-329. Obtenido de http://www.edizioniets.com/criminalia/2009/007A_Opinioni1.pdf.

CASTILLO, J.L (2014). *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley.

COMTE-SPONVILLE, A. (2005). *Diccionario filosófico*. Barcelona: Paidós.

DEVIS, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo primero. Bogotá: Temis

FERNÁNDEZ, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.

FERRAJOLI, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2013). *El juicio penal*. En L. FERRAJOLI, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

FERRER, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

FERRER, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial pons.

FERRER, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.

FERRER, J. (2017). *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias*. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za*

ustavno teorijo in filozofijo prava (33), 1-22. Obtenido de <http://journals.openedition.org/revus/4016>

GASCON, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* (28), 127-139.

GONZALEZ LAGIER, D. (2013). *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara.

GONZALEZ LAGIER, D. (2015). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. *Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10045/46907>.

GUERRERO, O. J. (2011). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.

HAACK, S. (2013). El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En C. Vásquez (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.

IBAÑEZ, P. A. (2007). *Los 'hechos' en la sentencia penal*. México: Fontamara.

IBAÑEZ, P. A. (2017). Sobre la argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal). *Jueces para la democracia*, 88, 102-112.

IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (2003) *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LAUDAN, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(28), 95-113.

LAUDAN, L. (2008). Strange bedfellows: Inference to the best explanation and the criminal standard of proof. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series* (143). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1153062> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1153062>

LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (Edgar Aguilera y Carmen Vázquez, trads.). Madrid: Marcial pons.

LOCKE, J. (2000). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (E. O'Gorman, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

NIEVA, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial pons.

- NIEVA, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial pons.
- NIEVA, J. (2016). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (1), 1-23. Obtenido de <https://ssrn.com/abstract=2737834>.
- PARRA, J. (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- PABON, G. (2007). *Lógica del indicio en materia criminal*. Tomo I. 3ª ed. Bogotá: Ibáñez.
- RUSSELL, B. (1983). *El conocimiento humano*. Barcelona: Orbis.
- SANCHEZ-VERA Gomez-Trelles, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial pons.
- SHAPIRO, B. (1991). *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press.
- STEIN, F. (2018). *El conocimiento privado del juez*. Bogotá: Temis.
- SUAREZ, J. L. (2016). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*. Bogotá: Ibáñez.
- TARUFFO, M. (2017). Consideraciones sobre prueba y motivación, en H. Cruz (Ed.). *Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- TARUFFO, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Jueces para la democracia* (52), 63-73.
- TARUFFO, M. (2005a). Probabilidad y prueba judicial, en XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. (Laura Manríquez y Jordi Ferrer, trads.). Madrid: Marcial pons.
- TARUFFO, M. (2011). *La prueba de los hechos*. (Jordi Ferrer, trad.). Madrid: Trotta.
- WHITMAN, J. Q. (2007). *The origins of reasonable doubt: Theological roots of criminal trial*. Yale Law Library.
- VERA, J.S (2014) ¿Son importantes las hipótesis alternativas para valorar la prueba de los hechos imputados en el juicio

penal? *Revista General de Derecho Procesal* (34), 1-32. Disponible en https://www.academia.edu/10226559/_Son_importantes_las_hip%C3%B3tesis_alternativas_para_valorar_los_hechos_en_el_juicio_penal_RGDP_34_2014_

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (marzo 8 de 2017) Sentencia SP3168-2017, 44.599, [MP Patricia Salazar Cuéllar]

Corte Suprema de Justicia, de Casación Penal. (7 de septiembre de 2000) Sentencia 14.961, [MP Fernando Enrique Arboleda-Ripoll]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de diciembre de 2014) Sentencia SP16817-2014 [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de abril de 2015) Sentencia 43.262, [MP María del Rosario González]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de octubre de 2011) Sentencia 36.357, [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (3 de febrero de 2010) Sentencia 32.863, [MP María del Rosario González Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (4 de febrero de 2009) Sentencia 30.043, [MP María del Rosario González]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. **(18 de enero de 2017)** Sentencia SP282-2017 40.120, [M.P. Patricia Salazar Cuéllar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de marzo de 2009) Sentencia 31.103, [MP. Sigifredo Espinosa]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de abril de 2008) Sentencia 23.754, [MP Sigifredo Espinosa]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de noviembre de 2008) Sentencia 26.643, [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de mayo de 2014) Sentencia 37.796, [MP Luis Guillermo Salazar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de diciembre de 2010) Sentencia 34.447, [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de septiembre de 2009) Sentencia 20.784, [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de octubre de 2013) Sentencia 33.623, [MP Luis Guillermo Salazar Otero]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de junio de 2010) Sentencia 33.697, [MP Augusto Ibáñez Guzmán]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (3 de junio de 2009) Sentencia 27.196, [MP Julio Enrique Socha]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de septiembre de 2012) Sentencia 36.824 [MP Julio Enrique Socha]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de marzo de 2015) Sentencia 44.221 [MP María del Rosario González Muñoz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de abril de 2010) Auto 29.939 [MP María del Rosario González Muñoz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de diciembre de 2011) Auto 37.044 [MP María del Rosario González Muñoz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de mayo de 2009) Sentencia 31.147, [MP Sigifredo Espinosa Pérez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de mayo de 1999) Sentencia 12.855, [MP Carlos Eduardo Mejía Escobar]



UNIVERSIDAD
MANUELA BELTRÁN



GICRIM

Grupo de Investigación Criminal UMB



ISBN 978-958-5467-69-9