

Néstor Raúl Caro Espitia

**Antilogías de
la presunción de inocencia**
en el sistema penal acusatorio colombiano
Una propuesta desde la razón



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación

COLECCIÓN DOCTORADO N° 13

**ANTILOGÍAS DE LA PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

Una propuesta desde la razón

NÉSTOR RAÚL CARO ESPITIA



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**



UNIVERSIDAD LIBRE®

Directivas

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Enrique Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Presidenta Seccional	María Elizabeth García González
Rector Seccional	Fernando Arturo Salinas Suárez
Decano de Derecho	Luis Francisco Ramos Alfonso
Directora del Instituto de Posgrados	Nohora Elena Pardo Posada
Director del Doctorado en Derecho	Ricardo Sánchez Ángel
Director de la Tesis de Grado	Camilo Iván Machado Rodríguez

Jurados

Dr. Alfonso Daza González
Dr. Jorge Restrepo Fontalvo
Dr. Luis Francisco Casas Farfán

**ANTILOGÍAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

Una propuesta desde la razón

NÉSTOR RAÚL CARO ESPITIA

Tesis Doctoral

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE POSGRADOS DOCTORADO EN DERECHO

Bogotá, D.C., Colombia

2019

Caro Espitia, Néstor Raúl

Antilogías de la presunción de inocencia en el sistema penal acusatorio colombiano : una propuesta desde la razón / Néstor Raúl Caro Espitia – Bogotá : Universidad Libre, 2021.

269 p . ; (Colección Doctorado, 13)

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-5578-66-1

1. Presunción de inocencia. -- Legislación – Colombia 2. Defensa (Procedimiento penal). – Colombia 3. Derecho penal -- Colombia

345.04 SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

© Facultad de Derecho, 2021

© Universidad Libre Sede Principal, 2021

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-66-1

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel.: 3821000, Bogotá D.C.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Diseño y Diagramación: Imágenes y texto LTDA.

Cra. 14 A No. 70 A – 55 Bogotá

Tel.: +57(1) 347 5000

Bogotá D.C., Colombia, 2021

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por la paciencia; a mi director, por el aliento para iniciar y culminar el proyecto; a mis profesores, colegas y estudiantes, por permitirme compartir el desarrollo de la idea; a la academia, por mantener vivo el espíritu de reflexión; y a la sociedad, por ser la destinataria del presente trabajo.

RESUMEN

La aspiración de justicia como sistema de valores se hace posible a través del enfoque constitucional del derecho procesal, el cual consagra la forma de proceder frente al implicado, la repartición del peso probatorio, el estándar de conocimiento necesario para valorar la conducta, y las consecuencias para los intervinientes en el evento de no acatar el sistema. En este sentido, la presente obra devela las diferentes concepciones del derecho, tendientes a la búsqueda de soluciones consideradas fundantes y correctas para la organización social, y analiza, desde el ámbito legal, jurisprudencial y doctrinal, las contradicciones semánticas derivadas de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia, por cuenta de la interpretación judicial.

En su desarrollo, se advirtió que el abuso de las medidas cautelares (especialmente, la detención preventiva) cuestiona el trato brindado al reo al interior del proceso penal; en segundo lugar, que la teoría de la contribución diligente de la prueba es un instituto ajeno al derecho procesal penal, y que su aplicación controvierte la máxima según la cual en ningún caso se puede trasladar a la defensa; y finalmente, que la ausencia de criterios objetivos para saber cuándo el juez ha alcanzado el estándar probatorio denominado “más allá de la duda razonable” diluye la precisión conceptual de la garantía procesal y compromete el derecho a la defensa.

Con lo anterior, no se quiere impedir que el Estado cumpla su función constitucional de investigar, perseguir y acusar a los presuntos infractores de la ley penal, ni se propone que la defensa asuma una actitud pasiva en la contienda procesal; por el contrario, dadas las consecuencias negativas que conlleva la afectación de las garantías mínimas del justiciable, se resalta el deber de armonizar las contradicciones evidenciadas. De ahí que se sostenga (i) que mientras se define la responsabilidad penal, el término “presunción de inocencia” resulta impreciso, por ende, es mejor hablar del estado de inocencia que rodea a las personas; (ii) que

dados los efectos que acarrea la importación de la teoría de la carga dinámica de la prueba al proceso penal, el vocablo “dialéctica procesal” resulta más adecuado; y (iii) que ante el umbral subjetivo de convencimiento para proferir sentencia de condena, en cumplimiento de los mandatos de prevención y garantía reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la trilogía: hechos, prueba y argumentación, le brinda a la defensa criterios objetivos para enfrentar a su contradictor dialéctico, preservar el estado de inocencia y trabajar la duda a su favor.

Palabras Clave: Presunción de inocencia, carga procesal, contribución diligente de la prueba, derecho a la defensa

ABSTRACT

The aspiration of justice as a system of values is made possible through the constitutional approach of procedural law, which enshrines the way to proceed with the person involved, the distribution of the probative weight, the standard of knowledge necessary to assess the behavior, and the consequences for those involved in the event of not complying with the system. In this sense, the present work reveals the different conceptions of law, aimed at finding solutions considered foundational and correct for social organization, and analyzes, from a legal, jurisprudential and doctrinal field, the semantic contradictions derived from the premises they develop the presumption of innocence, on account of judicial interpretation.

In its development, it was noted that the abuse of precautionary measures (especially preventive detention) questions the treatment given to the inmate within the criminal process; secondly, that the theory of the diligent contribution of the evidence is an institute outside the criminal procedural law, and that its application disputes the maximum according to which in no case can it be transferred to the defense; and finally, that the absence of objective criteria to know when the judge has reached the evidentiary standard called “beyond reasonable doubt” dilutes the conceptual precision of the procedural guarantee and compromises the right to defense.

Therefore it is not intended to prevent the State from fulfilling its constitutional function of investigating, prosecuting and accusing the alleged offenders of the criminal law, nor it is proposed that the defense assume a passive attitude in the procedural dispute; on the contrary, given the negative consequences of affecting the minimum guarantees of the justiciable, the duty to harmonize the contradictions evidenced is highlighted. Hence, it is argued that (i) while defining criminal responsibility, the term “presumption of innocence” is imprecise, therefore, it is better to speak of the state of innocence that surrounds people; (ii) that given the effects of importing the theory of the dynamic burden of proof into

criminal proceedings, the word “procedural dialectic” is more appropriate; and (iii) that before the subjective threshold of conviction to issue a sentence of judgment, in compliance with the prevention and guarantee mandates recognized by the Inter-American Convention on Human Rights, the trilogy: facts, evidence and argumentation, gives the defense, objective criteria for face his dialectical contradictor, preserve the state of innocence and work the doubt in his favor.

Keywords: Presumption of innocence, procedural burden, diligent contribution of evidence, right to defense

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	7
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	17
1.FUNDAMENTOS SOBRE LOS CUALES SE EDIFICA LA DOGMÁTICA JURÍDICA	31
1.1. Ondulaciones dogmáticas para lograr la conformidad de los miembros	31
1.1.1 Sistema de fuentes que condiciona la validez y eficacia del tramado normativo	33
1.1.2 Entre el formalismo y el realismo jurídico	36
1.2. Sistema de jerarquías	45
1.2.1 Soluciones consideradas correctas y justas para el derecho	57
1.2.2 Conflicto entre preceptos jurídicos de acuerdo con el sistema de jerarquías	58
1.2.3 Incompatibilidad entre proposiciones que describen principios	66
1.3. Entre la validez y la eficacia de las garantías procesales	75

2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	81
2.1. Presunción: ¿ficción legal o medio de conocimiento?	81
2.2. El estado de inocencia en el contexto universal.....	85
2.3. Proceso penal y trato al reo.....	88
2.4. Consecuencias derivadas del trato al reo en el proceso penal	90
2.5. Movilidad restringida a partir de la aplicación del test de proporcionalidad	101
3. DINÁMICA DEL PROCESO Y DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	105
3.1. Formalidad y actividad de las partes.....	105
3.2. La igualdad de armas y el derecho de reacción desde la jurisprudencia	107
3.3. El interés procesal desde la doctrina. Precisión conceptual.....	110
3.4. Formalidad e incumbencia probatoria.....	112
3.5. Posición procesal y solidaridad probatoria.....	115
3.6. Dialéctica del onus probandi desde la jurisprudencia	124
4. ESTÁNDAR PROBATORIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	133
4.1. Supremacía del derecho probatorio.....	133
4.2. Ratificación de las garantías probatorias desde la jurisprudencia	139
4.3. El paradigma probatorio y la doctrina	142
4.3.1. Racionalidad y medios de persuasión	164
4.3.2. Aspectos fundantes de la evidencia personal.....	166
4.3.3. Aspectos fundantes de la evidencia material y otros medios de persuasión	172
4.4. Certidumbre y subjetividad	180

5. LAS ANTILOGÍAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DINÁMICA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	185
5.1. Las antilogías de las premisas de la presunción de inocencia	186
5.2. Sistema de garantías y derecho a la defensa.....	195
5.2.1 Garantías generales y específicas del derecho a la defensa	196
5.2.2 Evolución y desarrollo del derecho a la defensa.....	203
5.2.3 El derecho a la defensa desde la jurisprudencia.....	207
5.3. El derecho a la defensa, bases de la nueva dinámica	209
5.3.1. El hecho y el derecho probatorio	211
5.3.2 La argumentación jurídica y la dinámica procesal.....	218
6. CONCLUSIONES.....	225
BIBLIOGRAFÍA	233
ANEXOS.....	269

TABLA DE CUADROS

Cuadro 1. Dogmática jurídica, entre la metafísica y la física	43
Cuadro 2. Polisemia de los vocablos principio, valor y regla.....	49
Cuadro 3. Sistema jerárquico de fuentes.....	57
Cuadro 4. Soluciones consideradas correctas y justas para el derecho	74
Cuadro 5. Estándar probatorio de la detención preventiva	90
Cuadro 6. Presunción de inocencia	100
Cuadro 7. Dinámica de la carga en el contexto procesal	112
Cuadro 8. Solidaridad probatoria y posición de las partes en el proceso	122
Cuadro 9. Incumbencia probatoria y dialéctica del onus probandi.....	130
Cuadro 10. Garantías probatorias del proceso penal.....	136
Cuadro 11. Garantías procesales probatorias en la doctrina	143
Cuadro 12. Acepciones del vocablo	165
Cuadro 13. Fundamentos de la evidencia personal	171
Cuadro 14. Fundamentos de la evidencia material	173
Cuadro 15. Otros medios de persuasión.....	179
Cuadro 16. Estándar probatorio para proferir sentencia	181
Cuadro 17. Sondeo realizado a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima.	191
Cuadro 18. Antilogías de la presunción de inocencia.....	193
Cuadro 19. Garantías procesales de la defensa	203
Cuadro 20. Estrategias de la defensa en el contexto procesal	218

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Participación de los procesos estudiados por fundamento de responsabilidad estatal en porcentajes.....	97
Figura 2. Principales falencias que conducen a la privación injusta de la libertad.	98
Figura 3. Lineamientos de prevención del daño antijurídico, expresados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.....	98
Figura 4. Condenas a la Fiscalía General de la Nación en procesos contencioso-administrativos.	99
Figura 5. Gráfica informativa acerca del conocimiento acerca de las premisas que desarrollan la garantía procesal.....	192

INTRODUCCIÓN

El acusado debe considerarse inocente hasta que no exista sentencia ejecutoriada que indique lo contrario. Bajo esta máxima, se han consagrado múltiples garantías procesales tendientes a limitar el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado¹ y creado instituciones internacionales orientadas a su protección².

Lo anterior implica que, para determinar su verdadera naturaleza y alcance, su estudio y análisis no debe hacerse de manera aislada, sino dentro un contexto filosófico-jurídico. En esa ruta, sin desconocer la existencia de otras corrientes de la filosofía jurídica³, ni los valiosos aportes de doctrinantes como el profesor

1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, artículo 11. “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...”; DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (artículo XXVI); PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2); REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS (artículo 84, párrafo 2),¹⁶ adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en 1955.

2 Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Tomo I. Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2ª Ed., Buenos Aires, 2005, p. 295. Porque más allá de la división de las corrientes antagónicas representadas por el ius-naturalismo y el ius-positivismo, existe un universo de teorías jurídicas y exponentes que conforman el pensamiento jurídico contemporáneo, dentro de las cuales, y a título enunciativo se resaltan las 1. Posiciones críticas o irracionalistas. 1.1. Las Filosofías marxistas tradicionales. 1.2. La Filosofía de uso alternativo del derecho. 1.3. Las Teorías críticas. 1.4. Y el Movimiento de estudios jurídico-críticos. 2. Posiciones instrumentalistas (humeanas). 2.1. Positivistas jurídicos excluyentes. 2.2. Positivistas jurídicos incluyentes. 2.3. Utilitaristas. 3. Posiciones pragmático-constructivas (Kantianas). 3.1. Trascendental-Retóricas. 3.2. Pragmático-Trascendentales. 3.3. Constructivo-Procedimentales. 3.3. Constructivo dialógicas. 4. Posiciones iusnaturalistas realistas (Aristóteles). 4.1. Iusnaturalismo realista. 4.2. Iusnaturalismo cuasi-platónico. 4.3. Iusnaturalismo débil (minimalista). 4.4. Nueva escuela del derecho natural. 4.5. Iusnaturalismo derivacionista. 4.5. Iusnaturalismo libertario, 4.6. Iusnaturalismo integrista. 4.7. Iusnaturalismo progresista. 4.8. Tercera vía iusnaturalista. En este sentido, señala que las anteriores teorías jurídicas a su vez se pueden sintetizar en positivistas en sentido estricto, y trans-positivistas, divididas a su vez en iusnaturalistas en

López, a quien se le reconoce el análisis de algunas teorías que han sido transmitidas desde lo que él llama “sitios de producción a los sitios de recepción”⁴, se advertirán interesantes pugnas ideológicas libradas desde el iusnaturalismo, las corrientes positivas de corte formalista y las científicas, dando lugar a nuevos modelos argumentativos orientados a la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de la interpretación normativa, con la advertencia que, dependiendo de la concepción ideológica adoptada, la respuesta será distinta.

Al descender a nuestro sistema, el primer referente de aplicación normativa se encuentra en la Constitución, seguido de la ley, que actúan como criterios de orientación en el proceso de interpretación, razón por la cual los conceptos de validez y eficacia de las garantías procesales se centran en el estricto respeto de las normas rectoras; de ahí que la inocencia y el *in dubio pro reo* sean límites en la búsqueda de la verdad estatal, convirtiéndose en verdaderas máximas de obligatorio cumplimiento, desde el punto de vista formal, dentro del bloque de constitucionalidad.

No obstante, en materia de presunciones el debate no se hace esperar; de ahí la importancia de fijar una posición desde la razón ante la pregunta de si constituyen medios de prueba o si, por el contrario, son una exención de estas, por ser la base para el análisis y estudio de la inocencia en nuestro sistema penal acusatorio.

En ese orden de ideas, el Acto Legislativo 03 de 2002 sentó las bases para la expedición de la Ley 906 de 2004, ordenamiento procesal que fijó los parámetros sobre los cuales gira la presunción de inocencia al definir tres líneas de estudio: (1) el trato que se le debe prodigar al implicado al interior del proceso penal, en el sentido que debe ser como si fuera inocente, hasta la decisión que ponga fin a la actuación; (2) lo concerniente a la carga de la prueba, bajo el entendido que está en cabeza de la Fiscalía, sin que en ningún caso se pueda invertir, y (3) el estándar

sentido estricto y constructivistas; véase también DENA ROMERO, Oscar. Panorama de las corrientes iusfilosóficas actuales. En: *Heurística*, México: Universidad Autónoma de Juárez, No 5, 2016, p. 101-113.

4 LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

La obra del profesor Medina coincide con la presente investigación en el análisis de algunas teorías jurídicas que han sido transmitidas desde lo que él llama “sitios de producción a los sitios de recepción”; no obstante, mientras que el autor inicia su reflexión en la forma como en Latinoamérica fueron acogidos los textos de Hart, como una voz en contra del formalismo jurídico inspirado en la escuela de la exégesis (en ese sentido, refiere que debido a nuestra tradición legalista, la utilización de principios morales o de conveniencia política derivados de las teorías anti formales, no ha sido de fácil aceptación), el presente trabajo se centró en el significado de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia.

probatorio para proferir sentencia de condena, en el estado del “más allá de la duda razonable”⁵.

De la claridad de las premisas enunciadas, generalmente se da por sentada su existencia, sin reparar en las contradicciones que desde la semántica genera su interpretación, las cuales se describen de la siguiente manera:

Frente a la primera línea de estudio, desde ya se ha de decir que el trato prodigado al implicado al interior del proceso no es propiamente el de un inocente, en razón a que por ley, basta la existencia de “una inferencia razonable de autoría o participación”⁶ para que aquel pueda ser cobijado con una medida de aseguramiento, mientras que el juez de la causa decide sobre su responsabilidad de manera definitiva; y pese a que se afirme que las medidas cautelares (especialmente, la detención) tienen un carácter preventivo y no sancionatorio, su inocencia quedará en entredicho hasta la decisión que ponga fin al proceso. De ahí que cuando la Fiscalía no logra demostrar la responsabilidad del implicado mediante sentencia en firme que así lo declare, las cifras que debe pagar el Estado por concepto de privación injusta de la libertad resultan en extremo gravosas.

En segundo lugar, porque a pesar de existir la prohibición expresa de invertir la carga de la prueba en contra de la defensa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que, para hacer factible el proceso de partes, se debe aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba⁷. En este orden de ideas, si la dinámica probatoria se sustenta en la solidaridad, es un contrasentido exigirle al implicado no solo que demuestre su inocencia, sino que le colabore a su contraparte con la prueba para su acusación, so pena de exponerse a las consecuencias desfavorables por su inactividad.

Este punto cobra relevancia si se tiene en cuenta que los conceptos objeto de análisis (ahora incorporados vía jurisprudencial al proceso penal) han sido desarrollados por el derecho privado, aunque sin pacífica aceptación; de ahí la necesidad de reinterpretar las contradicciones que presenta el *onus probandi*, a la luz del bloque de constitucionalidad, dada la confusión de la mencionada teoría, con la dialéctica procesal.

5 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos, 7º, 125-7.

6 Ibid., artículo 287.

7 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 2017, radicado 48745, MP. FERNANDEZ CARLIER, Eugenio.

En tercer lugar, porque el estándar de convencimiento adoptado por el legislador para proferir sentencia de condena denominado “más allá de toda duda razonable”⁸, no permite establecer con claridad el grado de duda tolerable. En efecto, y a pesar de la objetividad técnico-científica en la que se fundamentan los medios de persuasión, la racionalidad de la duda probatoria siempre dependerá de las creencias y valores del juzgador, haciendo nugatoria la aplicación del *in dubio pro reo*.

De lo anterior se colige que al ser un deber proteger y cumplir las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no podemos pasar desapercibida la situación expuesta que afecta el estado de inocencia, razón por la cual las premisas que desarrollan la garantía procesal serán objeto de estudio y análisis, desde los ámbitos legal, jurisprudencial y doctrinario, en aras de confirmar las antilogías develadas, y a la luz de la perspectiva constitucional, proponer su reinterpretación y reforzamiento para preservarla en todos los escenarios.

Y comoquiera que por conexidad esta situación afecta directamente a la defensa, se impone su estudio y análisis en aras de ratificar su evolución normativa y reconocimiento jurisprudencial, en pro de generar una nueva visión del derecho que dinamice su actuar, en torno al hecho, a la prueba y a la argumentación.

Bajo estos supuestos, la investigación brinda suficientes elementos de juicio para sentar las bases de una garantía procesal que consulte con la realidad y disminuya la posibilidad de fallos desfavorables, porque independientemente de la libertad de configuración legislativa, y la efectividad del derecho penal, el conocimiento que se espera obtener se ofrece a la comunidad académica y, en general, a todos los interesados, como una herramienta útil para mantener vivos los ideales de la inocencia y la defensa. Son estas las razones que imponen su estudio y análisis.

Por lo anterior, *el problema central* que aborda esta investigación radica en establecer ¿cómo deben entenderse las antilogías de la presunción de inocencia en el sistema penal acusatorio colombiano, desde la semántica constitucional?

Del problema se derivan los siguientes interrogantes:

8 FUENTES, Claudio. El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal. Diez años de la reforma procesal penal en Chile. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 500-555.

- Si el sistema de garantías constituye el arquetipo sobre el cual se edifica el discurso jurídico, ¿las respuestas a las inquietudes formuladas serán correctas y justas?
- ¿Se contradice la presunción de inocencia al imponer en contra del reo una medida cautelar (detención preventiva), mientras se decide de manera definitiva sobre su responsabilidad?
- ¿Se contradice la presunción de inocencia al aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal?
- ¿El estándar de convencimiento adoptado para proferir sentencia de condena permite establecer con claridad el grado de duda tolerable para la aplicación del *in dubio pro reo*?
- ¿Cómo debe reaccionar la defensa ante las antilogías que conforman la presunción de inocencia?

Bajo esta óptica, el *objetivo principal* del trabajo consistirá, de una parte, en *confirmar* las contradicciones que presenta la presunción de inocencia a la luz de las perspectivas constitucionales, desde su triple perspectiva: (1) el trato que deben soportar las personas que se enfrentan al proceso penal; (2) lo concerniente a la prohibición expresa del traslado de la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa; y (3) el estándar probatorio adoptado por el legislador para confirmar la hipótesis expuesta y acceder al *in dubio pro reo*; lo anterior, para *proponer* su reinterpretación a la luz de la perspectiva constitucional. Y de otra, en *generar una nueva visión* del derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio colombiano que dinamice su actuar frente a la autonomía legislativa y a los argumentos de autoridad que contrarían la semántica de sus premisas.

Para su desarrollo, se plantearon los siguientes *objetivos específicos*:

1. Establecer los fundamentos sobre los cuales se edifica la dogmática jurídica y se solucionan las antinomias.
2. Analizar los fundamentos sobre los cuales se interpretan la presunción de inocencia y la detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano.
3. Analizar los fundamentos sobre los cuales se interpreta la problemática de la carga procesal probatoria y su desplazamiento en el sistema penal acusatorio colombiano.

4. Analizar el estándar probatorio adoptado por el legislador para confirmar la hipótesis expuesta y proferir sentencia de condena.
5. Reinterpretar las premisas sobre las cuales se edifica el principio de inocencia.
6. Proponer una línea de trabajo que fortalezca la dinámica procesal de la defensa en el sistema penal acusatorio colombiano.

Generalmente, las suposiciones de trabajo se van afinando a medida que se va consolidando la información. No en vano estas se adaptan a los datos y variaciones de la investigación. Por ende, su construcción gramatical consiste en la construcción de proposiciones que se pretenden demostrar⁹.

En esta vía del problema y los objetivos planteados, surgen serias dudas acerca de la precisión semántica que ponen en tela de juicio la vigencia de la norma rectora, de donde se infieren las siguientes *hipótesis*:

- Si las medidas cautelares (especialmente, la detención preventiva) se encuentran justificadas mientras se define la responsabilidad penal, es impreciso hablar de presunción.

Pese a que la detención preventiva es considerada como una medida de carácter excepcional, basta que se ajuste a los lineamientos legales para su imposición. En ese sentido, el Legislativo ha intervenido mediante la expedición de normas para hacerla más exigente; en efecto, la Ley 1760 de 2015 (por medio de la cual se modificó parcialmente la Ley 906 de 2004) se orientó a racionalizar el uso de las medidas privativas de la libertad, normatividad que a su vez fue modificada por la Ley 1786 de 2016 para hacerla más estricta frente al proceso de valoración probatoria, pues además de la calificación jurídica como aspecto determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, también se deben atender los límites temporales de la misma.

Frente al término de duración de la detención preventiva, el artículo 307 de la Ley 906 de 2004 señala que esta no podrá exceder de un año, prorrogable si el proceso se surte ante la justicia penal especializada, son tres o más los acusados, o se trata de actos de corrupción. Igualmente, valga decir que esta

9 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill, 2010, Quinta edición, p. 92.

norma fue complementada por la Ley 1908 de 2018¹⁰ que, en concreto, precisó que el término máximo para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad es de tres años, cuando se trate de delitos cometidos por miembros de Grupos Delictivos Organizados, y de cuatro años si se trata de Grupos Armados Organizados. Vencido el término “sin que se haya emitido sentido del fallo, se sustituirá por una no privativa de la libertad”.

De lo anterior se advierte que, si presumir implica anteceder, es un contrasentido sostener que el reo es tratado como inocente en el curso del proceso penal, cuando para justificar la imposición de una medida de aseguramiento basta fundamentar el cumplimiento de los requisitos de ley, en grado de probabilidad; de ahí que se afirme que el término “presunción” no sea el adecuado.

De otra parte, mientras que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación sugieren realizar el test de proporcionalidad para solicitar y justificar la imposición de la medida cautelar; el Consejo de Estado también prevé la posibilidad de reparar al encartado privado de su libertad, siempre que no se haya logrado demostrar su responsabilidad mediante sentencia condenatoria. Así mismo, a nivel internacional, existe la opción de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para preservar la máxima universal.

- Si aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba dentro del proceso penal conlleva aceptar los postulados que la contienen, resulta inadecuado hablar de carga dinámica, en razón a que por expresa disposición la carga de la prueba acerca de la materialidad del hecho y responsabilidad del encartado la tiene la Fiscalía, sin que en ningún caso se pueda invertir.

Sobre el punto se precisa que, en este momento histórico, Colombia cuenta con dos sistemas procesales penales vigentes: la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, los cuales ratifican que la carga de demostrar la conducta punible y la responsabilidad del procesado le corresponden a la Fiscalía General de la Nación. Mientras que el primero refiere que el funcionario judicial, en la búsqueda de la verdad real, debe averiguar con igual celo las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, como las que agraven, atenúen o exoneren la responsabilidad del procesado, y las que tiendan a demostrar su inocencia, en virtud del principio de la imparcialidad¹¹; el segundo, si bien mantiene la imparcialidad de los jueces,

10 COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1908 (julio 9, 2018), artículo 23.

11 COLOMBIA, CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 600 (julio 24, 2000), artículo 234.

señala que la investigación que realiza el ente acusador ya no se sustenta sobre el principio de investigación integral.

Esta situación ha llevado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a expresar que se debe aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, en razón a que el proceso penal debe ser entendido como una controversia entre partes contrapuestas, sin tener en cuenta el contenido de esta; porque aceptar la aplicación de los postulados que rodean la teoría, implicaría afirmar que la defensa debe obrar conforme al principio de solidaridad probatoria y colaborar con la contraparte en la demostración de los hechos que lo perjudiquen, en contravía de la norma rectora que prohíbe de manera expresa el traslado de la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa.

Además, porque tratándose de procesos penales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional coinciden en afirmar que “la carga probatoria recae en el Estado”¹², en razón a que la presunción de inocencia se constituye en un eje rector y un estándar en la apreciación probatoria que establecen límites a la subjetividad y a la discrecionalidad judicial; por ende, al exigir del procesado la prueba de su inocencia, se contrarían los compromisos de carácter internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica¹³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴ y la Declaración Universal de los Derechos

12 CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. Caso Zegarra Marín Vs. Perú, 2017. Sentencia del 15 de febrero de 2017. Y de manera reciente, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-003 de 2017 MP. ARRIETA GÓMEZ, Aquiles.

13 PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, artículo 8-2. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

14 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14-2. 2. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Humanos¹⁵. Igualmente, a nivel nacional, se conculcan la Constitución Política de Colombia¹⁶ y la Ley 906 de 2004¹⁷.

- Si el estándar probatorio adoptado por el legislador para proferir sentencia de condena exige ir más allá de la duda razonable, a pesar de la presunta objetividad derivada de la racionalidad de la prueba, el juez siempre decidirá sobre la base de la probabilidad de las hipótesis enfrentadas. En efecto, el estándar de convencimiento adoptado por el legislador adolece de claridad frente al grado de duda tolerable para derruir el convencimiento.

Además, porque con la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, difícilmente se favorecerá al reo con la duda en su favor, en razón a que esta conlleva la aplicación de una serie de reglas: de conducta para las partes, al señalarles lo que les interesa demostrar al interior del proceso, so pena de exponerse a las consecuencias negativas de su inactividad; y de juicio para el juez, porque le indica el camino para decidir si las partes no logran su cometido.

15 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, artículo 11. “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

16 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

17 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos, 7º, “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”. 125-8. “En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”.

Como se aprecia, el intento por encontrar el sentido y alcance de la presunción de inocencia genera múltiples y variados problemas que recaen de manera directa sobre la defensa, razón por la cual le asiste el deber de prepararse, en aras de su protección y difusión.

Bajo los anteriores supuestos, la metodología tiene que ver con los diferentes métodos utilizados, los cuáles, además de ser compatibles, no se excluyen, así como con las fuentes empleadas para la recolección de la información. En este orden de ideas, como en la investigación científica no existe un método universal ni incontrovertible, el investigador puede combinar varios métodos generales para comprender y explicar las hipótesis propuestas. En concordancia con esta premisa, se infiere que la ruta adoptada en la presente investigación fue la siguiente:

Investigación socio-jurídica

Como se trata de investigar acerca de la interpretación semántica de las premisas que conforman la presunción de inocencia consagradas en la norma rectora del sistema penal acusatorio, el método de investigación adoptado tiene estrecha conexión con las dimensiones jurídicas de la realidad, las cuales se entrelazan en un todo sistémico.

En ese sentido, ya que se pretende estudiar a fondo los postulados que desarrollan la denominada presunción de inocencia y sus consecuencias sobre la defensa, a la luz de las perspectivas constitucionales, la legislación, los precedentes vinculantes y la doctrina como fuentes del derecho objetivo, que serán las fuentes de consulta, esta investigación se caracteriza como de naturaleza jurídica¹⁸.

De manera consecuente, como la investigación se fundamenta en una perspectiva interpretativa, centrada en el entendimiento de las acciones de los humanos y sus instituciones, su enfoque se orienta en analizar los fundamentos axiológicos útiles para develar los postulados sobre los cuales se sustentan y la manera como se solucionan los problemas, especialmente, en lo que tiene que ver con los elementos que conforman la garantía procesal, en aras de proponer una alternativa que libere la tensión y reinterprete la máxima, en favor de la defensa¹⁹.

18 ODAR, Reynaldo Mario Tantaleán. Tipología de las investigaciones jurídicas. En: Derecho y cambio social, 2016, Vol. 13, No 43, p. 10.

19 VANEGAS TORRES, Gustavo; BALLÉN MOLINA Rafael; DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; ÁVILA PACHECO, Víctor Manuel; CADENA AFANADOR, Walter René; MATÍAS CAMARGO, Sergio Roberto; GÓMEZ HERNANDEZ, Bersarión; BOCANEGRA ACOSTA, Henry; PEÑA

Método de investigación

Para el análisis de la temática propuesta, el tipo de investigación utilizado fue el analítico en su medio natural, por lo cual se utilizó el campo teórico, y bajo esa arista, el trabajo tuvo como horizonte la búsqueda de respuestas al problema jurídico planteado desde lo normativo, jurisprudencial y doctrinario. En el mismo sentido, se realizó un sondeo a la Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima en torno al conocimiento del contenido de la garantía procesal, con el propósito de acercar el sistema normativo y la realidad social²⁰.

De esta manera, a partir de las respuestas generadas, se propende por la claridad del lenguaje frente a la interpretación de la garantía, al interior del proceso penal.

Para el desarrollo de esta se utilizó el método inductivo, porque a partir del análisis de los institutos objeto de estudio, se extrajeron los principales argumentos para alcanzar los resultados encontrados.

Fuentes

En la recolección de información se apeló a las fuentes primarias, por lo cual se consultó la opinión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima frente al conocimiento que tiene acerca de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia (anexo 1). También se acudió a las fuentes secundarias, derivadas de la información proveniente de interpretaciones ya elaboradas; especialmente la ley, por recoger de forma directa la descripción de las premisas objeto de investigación; la jurisprudencia, porque a través de ella se revelaron las diferentes formas de interpretación que se le ha dado a la garantía procesal; y la doctrina, porque a través de ella se recopilieron los estudios efectuados por múltiples autores. Igualmente, se apeló a las fuentes terciarias, obtenidas de autores que citan a otros anteriores, para fundamentar su análisis²¹.

MELÉNDEZ, Wilson Libardo y GALEANO REY, Juan Pablo. Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Bogotá D.C.: Universidad Libre. 3ª edición 2011, págs. 43-45. Al respecto señala, que los problemas de la investigación jurídica se refieren a “los problemas que suscita la interpretación y aplicación de la norma general a los caos particulares, sus contradicciones, deficiencias y omisiones” y, en el mismo sentido, la investigación socio-jurídica, se refiere a “la concordancia o discrepancia del derecho, de sus normas, teorías y principios con la realidad social”.

20 Ibid., pág. 55.

21 Ibid., pág. 56-67.

Como se mencionó, ninguno de los métodos esbozados anteriormente, y que se utilizaron en esta investigación, son incompatibles entre sí, por el contrario, se complementan.

En ese orden de ideas, para decantar las antilogías detectadas, el informe de investigación se divide en cinco capítulos.

En el primero, se examinan las ondulaciones dogmáticas para lograr la conformidad de los miembros. Para ello, se contrasta el sistema de fuentes que condiciona la validez y eficacia del tramado normativo, así como las tendencias formales y realistas del derecho. Se delimita el sistema de jerarquías. En la búsqueda de soluciones consideradas correctas y justas para el derecho, se estudia el conflicto entre preceptos jurídicos de acuerdo al sistema de jerarquías, así como la incompatibilidad entre proposiciones que describen principios, y se demuestra que la mezcla de los contenidos de validez y eficacia de las garantías procesales conlleva a la permanente tensión en torno al sentido de la función jurisdiccional, en momentos en que se pretende otorgarle al juez la actividad creadora de normas en la resolución de conflictos.

En el segundo acápite, se analizan los fundamentos sobre los cuales se edifican la presunción de inocencia y la detención preventiva. Para ello, se determina si la presunción es una ficción legal o un medio de conocimiento. Se estudia el estado actual de la presunción de inocencia, en el contexto universal. Se evidencian las consecuencias derivadas del trato al reo en el proceso penal y se demuestra la innecesariedad de la restricción de la movilidad del justiciable a partir de la aplicación del test de proporcionalidad.

En el tercer capítulo, se analiza la problemática de la carga procesal probatoria y su desplazamiento en el sistema penal acusatorio colombiano. Para su desarrollo, el acápite se divide en dos partes: en la primera, se determina la formalidad y actividad de las partes al interior del proceso penal, se estudia el concepto de igualdad de armas y el derecho de reacción desde la jurisprudencia. También se examina el interés procesal y sus consecuencias en la doctrina. En la segunda, se precisa la formalidad e incumbencia probatoria en la legislación colombiana, se evidencia la posición procesal y solidaridad probatoria de las partes en el proceso. Al final, se demuestra el tratamiento de la dialéctica del *onus probandi* desde la jurisprudencia.

El análisis del estándar adoptado para lograr el convencimiento judicial en el sistema penal acusatorio colombiano se trata en el cuarto capítulo. Para su desarrollo, se analiza la supremacía del derecho probatorio, así como la ratificación jurisprudencial de las garantías procesales probatorias. Desde la doctrina, se determina el paradigma probatorio, y desde la racionalidad, se precisan los medios de persuasión, así como los aspectos fundantes de la evidencia personal, material y otros medios de persuasión; lo cual permitió demostrar que, pese a la existencia de un estándar probatorio, la incertidumbre y la subjetividad son inevitables en la actividad del juez.

En el quinto capítulo, se confirman las antilogías de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia, por cuenta de la consagración legal y reglas jurisprudenciales, como antesala para sentar las bases del sistema de garantías que conforman el derecho a la defensa, para lo cual se delimitan y analiza la evolución normativa y el reconocimiento jurisprudencial de la igualdad de armas. Finalmente, se propone la dinámica de trabajo, orientada a reforzar las competencias y habilidades de la defensa, tendientes a la protección el estado de inocencia, en el marco del sistema penal acusatorio, acorde con el estereotipo probatorio que rodea su ejercicio.

Las conclusiones del trabajo se presentan en la última parte del informe, estas dejan abierto el debate en torno a la búsqueda de mejores razones para la interpretación semántica constitucional de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia en Colombia.

1.

FUNDAMENTOS SOBRE LOS CUALES SE EDIFICA LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Si el sistema de garantías constituye el arquetipo sobre el cual se edifican el discurso jurídico, ¿las respuestas a las inquietudes formuladas serán correctas y justas?

Para dar respuesta al interrogante, en el presente capítulo se examinan las ondulaciones dogmáticas para lograr la conformidad de los miembros. Se contrasta el sistema de fuentes que condiciona la validez y eficacia del tramado normativo, así como las tendencias formales y realistas del sistema jurídico. Se delimita el sistema de jerarquías. Se analiza el conflicto entre preceptos jurídicos y la incompatibilidad entre principios, en la búsqueda de soluciones consideradas correctas y justas para el derecho, y se demuestra que la mezcla de los contenidos de validez y eficacia de las garantías procesales conlleva a la permanente tensión en torno al sentido de la función jurisdiccional, en momentos en que se pretende otorgarle al juez la actividad creadora de normas en la resolución de conflictos sociales.

1.1. Ondulaciones dogmáticas para lograr la conformidad de los miembros

La conformidad de los miembros que componen la organización social se logra a través de la prevención de comportamientos contrarios a ellas, plasmados en normas o, en su defecto, respondiendo con un castigo a quien se atreva a transgredir el ordenamiento. Pero el derecho no puede ser entendido desde esa única dimensión, porque también se compone de otros elementos conceptuales como hechos, valores, sistemas de interpretación y argumentación, los cuales explican el fenómeno jurídico como instrumento de poder; por esa razón, aunque la mayo-

ría de las normas tengan un carácter prescriptivo y expresen factores deónticos, como obligar, prohibir o permitir, no todas tienen esas características²².

Bajo estos presupuestos, para evidenciar que la búsqueda de la seguridad jurídica no ha sido pacífica, el primer acercamiento pondrá de relieve las principales voces que han influido en nuestro contexto, especialmente en lo que tiene que ver con la consolidación de concepciones antagónicas, las cuales, desde la razón, se disputan el primer lugar en la respuesta a los problemas que genera la interpretación normativa, con la advertencia que constituye un referente axiológico útil para la comprensión del problema planteado.

22 CÁRDENAS Gracia, Jaime. Introducción al estudio del derecho. Nostra Ediciones UNAM, 2009, p. 95.

1.1.1 Sistema de fuentes que condiciona la validez y eficacia del tramado normativo

Pese a las críticas efectuadas, y dado el carácter acientífico que le rodea, la teología cristiana del siglo XVI²³ fue la base de la doctrina de los derechos naturales²⁴,

23 GARCIA A. Ignacio. Derechos Humanos en la Edad Media. Proceso Inquisitivo y la Quema de Brujas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: Revista Judicial, Costa Rica, No. 109, septiembre de 2013, p. 101-116. Como antecedentes inmediatos útiles a nuestro objetivo, García expone de manera cronológica y sintética los ideales que conformaron la Santa Inquisición en Europa, hasta llegar a los principios constitucionales del Estado Republicano; en este sentido, refiere que la primera institucionalización de un Tribunal de la Santa Inquisición se dio en Languedot, al sur de Francia para el año de 1184, pero la época más intensa de los procesos en contra de las brujas y los demonios se extendió hasta siglos XVI y XVII en la Europa Central, de manera concreta en Francia, Alemania, España, Portugal, Suiza e Italia, siendo los dos primeros países, donde se registró el proceso inquisitivo particularmente violento. En 1484, el Papa Inocencio VIII mediante la bula *Summis desiderantes affectibus* modificó la posición de la Iglesia respecto a la brujería, y declaró la existencia y la caza de las brujas (pese a que la Iglesia había declarado su creencia como un acto de herejía en el *Canin Episcopi* del año 906 d.C.), delegándola en la inquisición de la influencia dominica y franciscana. En 1487, a Heinrich Kramer se le atribuyó la redacción del *Malleos Malleficarum* o *Martillo de las Brujas*, el cual fue distribuido en Europa, con reimpressiones hasta el año de 1669, pero existe evidencia que desde 1286 ya existía el *Tractatus de Maleficiis* de Alberto Gandinus, y el *Fornicarius*, escrito por Johanes Nider publicado en 1437 que sirvió de base y antecedente al *Maleus Maleficarum*. Destaca igualmente durante esa época, la pugna entre las corrientes ideológicas de la Iglesia, los saberes vulgares, las corrientes positivistas, y las científicas renacentistas, surgiendo de esta manera corrientes garantistas basadas en un iusnaturalismo y en la dignidad humana, quienes se oponían fuertemente a un derecho penal del enemigo medieval. En este sentido, las intervenciones del jesuita Friedrich Von Spee, en su argumentación *Constitutio Criminalis*, se observan modelos cercanos al *in dubio pro reo* y al principio de inocencia como principios generales del derecho. En 1532, Carlos V emitió la *Constitutio Criminalis Carolina*, legislación penal influyente del siglo XVI, por medio de la cual se establecieron una serie de garantías que trataron de limitar la expansión de los procesos de brujería, y se construyó el concepto de verdad procesal. En 1764, Cesare Beccaria, en su tratado “De los delitos y de las penas” propuso la abolición de la pena de muerte, obra que junto con los ideales del iluminismo han venido inspirando los principios constitucionales del Estado Republicano.

24 GROCHOLEWSKI Zenon Card. La ley natural en la doctrina de la Iglesia. Recuperado de http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_ley_nat_en_la_dtrina_de_la_igl.pdf, el 14 de febrero de 2018, p. 1-24. “La ley natural en la doctrina de la Iglesia abarca desde la caída del imperio romano de Occidente 476 d.C., hasta el siglo XVI, cuando se da la crisis de la Iglesia católica, lo que dio origen a numerosas iglesias que se agruparon bajo la denominación de protestantismo”. Para hacernos una idea de lo sostenido por la Iglesia católica frente a la ley natural sostuvo que “el hombre participa de la sabiduría y la bondad del Creador que le confiere el dominio de sus actos y la capacidad de gobernarse con miras a la verdad y al bien, por ende, la ley natural expresa el sentido moral original que permite al hombre discernir mediante la razón lo que son el bien y el mal, la verdad y la mentira [...] tarea confiada a la razón humana, de alcanzar prescripciones que poseen fuerza de ley, presupone una razón superior a ella, trascendente”. En este sentido, “para los creyentes, se trata de una ley al mismo tiempo

resurgiendo después de la Segunda Guerra Mundial, donde sus seguidores coincidieron en afirmar la existencia de “unos principios morales y de justicia válidos universalmente y asequibles a la razón humana, los cuales están llamados a actuar como fundamento legitimador e instancia crítica del derecho positivo”, al representar un paradigma y una directriz para el establecimiento y aplicación del derecho positivo²⁵. Bajo ese contexto, en la corriente denominada *iusnaturalismo*, la validez del derecho se deriva de la esencia del ser humano, pero el curso de esta se dividió en dos grupos: el teológico y el racionalismo laico.

El iusnaturalismo teológico se sustentó en la idea de que lo justo y natural no se derivan de la voluntad del legislador, sino del poder divino, porque frente al derecho escrito están las leyes de los dioses, las cuales son eternas, inmutables y de validez absoluta. Así pues, para que la voluntad del legislador humano sea considerada justa, debe participar de la ley eterna y natural²⁶. A partir de esta premisa, si el derecho positivo quiere ser un derecho justo, lo natural orienta lo positivo y lo condiciona para que reconozca los valores. En el siglo XIX, la corriente se fundamentó en las doctrinas de Tomás de Aquino (1225-1274)²⁷, a quien se le atribuyó hacer compatible la doctrina cristiana con la razón²⁸; bajo este supuesto, las leyes humanas no deben contrariar las leyes divinas, premisa que se extendió a países como Francia, Italia, Bélgica, Alemania, España, Estados Unidos, y a la región de América Latina, a partir de las crisis del sistema capitalista.

divina y natural, es decir, inscrita por Dios en la naturaleza del hombre, que le muestra los primeros principios y las normas esenciales que sostienen la vida moral, y que también indica el camino a seguir para cumplir el bien y alcanzar el propio fin”.

25 CABRERA, Esteban y MOSQUERA Javier. Introducción crítica al derecho natural. *Ius Humani* En: Revista de Derecho, 2010, no 2, p. 235-247; Véase también, ARIAS KRAUSE, Juan Ignacio. La crítica al derecho natural moderno en la filosofía de Hegel. *Universitas*. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N.º 18, julio 2013, p. 150-170.

26 FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. En: Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1997, p. 1001-1036.

27 AQUINO, Santo Tomás de, *Suma teológica I-II*, Primera sección de la segunda parte. Recuperado de <http://hjj.com.ar/sumat/>, el 13 de mayo de 2018. En ella expresa que “... la ley no es otra cosa que un dictamen de la razón práctica existente en el príncipe que gobierna una comunidad perfecta. Pero, dado que el mundo está regido por la divina providencia, [...], es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina...”.

28 Nueva Enciclopedia Larousse, Tomo 7, 1980 p. 679. Neo-tomista- “nombre dado generalmente a la renovación del tomismo, impulsada por León XIII, [quien] quiso hacer del neotomismo el punto de partida de la renovación intelectual de la Iglesia católica. En la encíclica *Aeterni Patris* (4 ag. 1897) recomendaba el estudio de Santo Tomás; en 1880 inauguró en Roma una academia tomista e hizo emprender una nueva edición de la *Summa*; en 1889 dio impulso a la creación de [...] una cátedra de filosofía tomista... [en la Universidad de Lovaina].

Este derecho, constituido por normas que se derivan de la naturaleza racional del hombre, y la naturaleza de las cosas, se fundamentó en la validez absoluta de las reglas, cuyo contenido es invariable pero compatible con el derecho positivo, en cuanto constituye el medio para su aplicación; bajo ese entendido, los filósofos encargados de estudiar a San Agustín y Santo Tomás sostenían que “si era voluntad de Dios que el hombre fuera un ser racional, las leyes humanas no deberían contrariar a las leyes divinas, porque se fundaban precisamente en ellas”²⁹.

De otro lado, los racionalistas laicos se apoyaron en la obra de los filósofos escolásticos, y reconocieron a Hugo Grocio como la persona que separó el derecho de la religión y la teología; pero su filosofía se sustentó en que el derecho resulta del “instinto social y racional del hombre”, reconociendo que por voluntad divina los hombres tienen esa naturaleza que les permite crear derecho, sin olvidar la “libertad, la vida, la seguridad, la propiedad, que lo han obligado a crear por su voluntad, y de manera artificial, un órgano que se debe encargarse de proteger sus intereses, al pasar de un estado o sociedad natural a un estado o sociedad civil”³⁰; es decir que el derecho deriva de la naturaleza del ser humano, por su calidad racional y social, de donde se reduce el derecho a su contenido justo o natural.

Pero ante la necesidad de encontrar la certeza jurídica, como polo opuesto del iusnaturalismo, el *positivismo* luchó contra la filosofía especulativa basado en normas empíricas consideradas como experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho, pues su función consiste en la descripción de las relaciones existentes entre las normas, rechazando toda teoría que afirme la existencia de normas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen; bajo este supuesto, el ordenamiento jurídico le dio importancia a la forma. En este sentido afirmaba Kelsen que “su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador [...], independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo”³¹.

El positivismo, entonces, no presupone en su conocimiento, ni describe la existencia de una voluntad divina, en razón a que solo acepta las normas creadas por el arbitrio humano, las cuales pueden ser mutables y tener contenidos distin-

29 FLORES MENDOZA, Ob. Cit., p. 1018.

Son considerados como precursores del iusnaturalismo racional o laico, los padres Francisco de Vitoria, Gabriel Vázquez de Menchaca, y Francisco Suárez.

30 GROCIO, Hugo. Del derecho de la guerra y de la paz. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 72.

31 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4ª edición. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 110.

tos, sin importar que se trate de normas jurídicas o morales³²; no existe relación necesaria entre justicia y moral, porque el acto jurídico formal emanado del Estado es lo único que importa; pero por el poder excesivo que se le dio al legislativo es considerado responsable de la existencia de los regímenes totalitarios, al negar la interdisciplinariedad con las otras ramas del conocimiento humano y la existencia de derechos distintos a los consagrados en la ley.

Bajo estas conjeturas, a finales del siglo XIX y parte del XX, se produjeron diferentes corrientes doctrinales sobre la concepción del derecho y su rol en la sociedad, donde la ley es la única fuente autorizada, porque parte del hecho de que es perfecta y unívoca, por lo que los funcionarios no conocen otras realidades que conforman la vida, en razón a que el derecho es autónomo. Lo anterior explica el excesivo culto al ritualismo y a las reglas establecidas para la aplicación del derecho, pues parte de la inferencia de normas y conceptos donde el juez, para dar solución a los problemas, no crea derecho; lo declara, y el Estado es el único límite para el cumplimiento de las normas generales³³.

Efectuadas las anteriores precisiones, en la búsqueda de una mejor comprensión al problema planteado, los modelos formalistas y realistas de Francia, Alemania y Estados Unidos servirán como referentes. No en vano, una vez abordadas de manera simultánea sus principales características y mencionados sus representantes más influyentes, se considerará que sobre ellos se sustentan las garantías procesales que hoy se predicán.

1.1.2 Entre el formalismo y el realismo jurídico

En *Francia*, además del Código Civil de Napoleón del siglo XIX, la separación de poder, el contractualismo y la soberanía nacional, *el formalismo* se inspiró en el racionalismo jurídico y la mentalidad ilustrada, al considerar que el ser humano está en capacidad de conocer los principios, cuyos contenidos son el fundamento de la realidad. Estos elementos le sirvieron de punto de partida para construir de manera deductiva las teorías y los sistemas filosóficos de manera completa, porque contienen hipótesis inmutables y una doctrina espiritual que implica un teorema invariable sobre la existencia del ser supremo trascendente, al punto que

32 KELSEN, Hans. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Academia: En: Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Vol. 6, No 12, 2008, p. 183-198.

33 PÉREZ PERDOMO, Rogelio. El Formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano. Caracas: Monte Ávila Editores, 1978, p. 11-19.

sostiene la perfección, claridad y precisión de la ley en su redacción, a la que solo hay que suministrar la solución ya hecha³⁴.

De esta manera, el problema de la interpretación desaparece, porque los jueces solo se reducen a una tarea mecánica y automática que no necesita el auxilio de comentarista alguno³⁵, unido al desprecio epistemológico hacia la fe, al considerarla llena de prejuicios, supersticiones y errores, por contraposición a la razón y a la verdad³⁶. Con él se formó la *escuela de la exégesis* (*école d'exégèse*) según la cual el derecho positivo, representado por la ley, lo es todo; por ende, la costumbre carece de valor, y la función del juez es casi mecánica, porque se limita a declarar el derecho, no a crearlo. En el proceso de interpretación, el servidor debe buscar la intención del legislador, aplicar la teoría de la subsunción, acudir a la lógica deductiva y a los argumentos de autoridad para darle estabilidad al derecho³⁷. Ante la existencia de leyes contradictorias, el juez debe descubrir la voluntad del legislador, y si es imposible tal cometido, debe considerar los preceptos como inexistentes³⁸.

Como reacción a esta postura, la escuela de la *libre de investigación científica* (*recherche scientifique gratuite*) consideró que los elementos formales y puramente lógicos de la exégesis son insuficientes, porque la ley no proporciona una solución a todos los problemas, aspiración de la vida jurídica. Con fundamento en ello, amplió el sistema de fuentes al aceptar la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, y considerar que, si a través de ellas tampoco se encontraba solución, se debía acudir a otras fuentes como la ciencia, la política, la economía, la sociedad, y la técnica, desde donde se debe indagar por su finalidad práctica³⁹.

34 GARRIDO, Manuel. Meta filosofía del racionalismo. Teorema. En: Revista Internacional de Filosofía, Vol. 1, No 1, 1971, p. 57-73.

35 LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1998, p. 77.

36 SISTO, Horacio Martín. Hegel, la ilustración y los fundamentos epistemológicos de la moral. En: Revista de Filosofía y Teoría Política, No. 31-32, 1996, p. 282-290.

37 CIURO CALDANI, Miguel Angel. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho III-I/ III-II, p. 10. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/articulo/view/1384>, el 12 de mayo de 2018.

38 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México: Porrúa. 2003, p. 333.

39 TIMM HIDALGO, Ana Karina. Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas. En: Sol Nascente, Revista do centro de investigacao sobre Ética aplicada, 2010., p. 3-21; Véase también, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique; ESPINO TAPIA, Diana Rocío. Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social. Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N.º 12, 2010, p. 49-71.

Geny es considerado uno de sus principales exponentes, a quien se le atribuyó una posición doctrinal similar a la sostenida por Ehrlich (representante de la Escuela del Derecho Libre en Alemania)⁴⁰. En particular, Geny afirmaba la existencia de lagunas en el derecho y proponía criterios ajenos a la ley para buscar la respuesta a los problemas; en ese sentido, criticó la codificación francesa por la inmovilidad que presentaba y la falta de adaptación a la realidad social, reduciendo el problema de la aplicación del derecho al silogismo entre el hecho y la norma, lo cual fuerza en no pocas ocasiones la solución del caso⁴¹.

En esa vía, no desconoció la ley como fuente principal del derecho, pero sostenía que el juez no era libre de plasmar sus creencias personales, o su propio sistema de valores, porque su decisión se debía fundamentar en la ciencia, única que provee elementos objetivos. El intérprete, entonces, debía descubrir cuáles eran los elementos objetivos que se encuentran en la naturaleza del ser y en la sociedad; la primera, porque provee el conjunto de reglas que la razón hace derivar de la naturaleza de las cosas y de la que el ser humano forma parte; y la segunda, porque la historia demuestra cómo la razón ha influido en la sociedad para alcanzar y comprender el fin supremo denominado justicia⁴².

Por su parte, en Alemania, el formalismo fue expresado a través de la *jurisprudencia de conceptos* (*Rechtswissenschaft der Konzepte*), donde la misión del juez consistía en utilizar la lógica formal y elaborar una pirámide de pensamientos que diera las respuestas que necesitara -genealogía de conceptos-. Así pues, bajo esa óptica, el concepto del superior condiciona al inferior⁴³. Al igual que en la escuela de la exégesis, no utilizó la realidad social o las concepciones éticas, sino la lógica y la coherencia de su elaboración, la cual considera relevante.

40 Aunque también se encuentra THALLER (quien intentó poner en contacto la actividad jurídica con la economía política a través del Tratado general de teoría y práctica del derecho comercial); PLANIOL (quien buscó que la ciencia jurídica se conectara con la historia, economía, política y legislación comparada, a través del Tratado elemental de derecho civil-), y DUGUIT, (quien, en el mismo sentido, buscó imponer su enfoque respecto del derecho fundado en la teoría de la solidaridad, el derecho objetivo y la situación jurídica subjetiva).

41 DE VILLAMOR MORGAN, Elisenda. La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de François Geny. En: Universidad de Extremadura, anuario de la facultad de derecho, No. 19-20, 2001-2002, p.431-447.

42 GENY, François. Método e interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 424-428.

43 FLORES AVALOS, Elvia Lucía. Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, 2006. En: Jurisprudencia de Conceptos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Biblioteca jurídica 2006, p. 219-232.

La jurisprudencia de conceptos es una derivación de la escuela histórica según la cual los preceptos legales tienen una conexión con el alma de los ciudadanos, que se manifiesta en sus costumbres y tradiciones⁴⁴. El principal representante de la escuela fue Savigny, quien aceptó la recepción del derecho romano en Alemania; seguido por Puchta, quien sistematizó en dogmas universales (generales y particulares) los conceptos del derecho romano, creando una pirámide; lo continuaron Heidenberg Karl, Heidenberg Dernburg y Arndts, quienes solo teorizaron porque sus estudios no conducían a la solución de problemas reales. No obstante, las ideas de Puchta fueron concretadas y divulgadas por Windscheid, de la escuela de Leipzig, en su obra principal “Las pandectas”⁴⁵.

Como reacción a este enfoque, el *movimiento del derecho libre (Freirechtsbewegung)* rechazó la tesis según la cual el derecho solo es producto del Estado a través del legislativo y los conceptos de los científicos del derecho porque no se encuentran abiertos al debate ni a los hechos, solo a las reglas de la lógica, por lo que considera que, para conocer el derecho, este debe integrarse a la realidad jurídica, que regula las relaciones humanas. Es decir que existe otro derecho independiente del producido por el poder legislativo, con vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades, caracterizado por su ausencia de formalización, que se averigua por medio de la percepción del acontecer fáctico: el derecho vivo⁴⁶.

Por su parte, en *Estados Unidos de Norteamérica*, el estudio de sentencias especiales que contienen principios y doctrinas relevantes que sirven de guía para la resolución de conflictos se denominó *formalismo jurisprudencial (jurisprudential formalism)*, y utilizó un método similar a la dogmática, el cual gira en torno al Estado de derecho, la división de poderes, la subordinación del juez a la ley, y el *case method*, por medio del cual, a través del estudio de casos, se ubica al estudiante en el rol de los intervinientes para diseñar y defender soluciones a los

44 ATARD, Rafael. Para la Escuela Histórica. entre otros: La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio por Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler. Traducciones del Alemán por Rafael, Atard. Madrid, 1908, p. 121.

45 *Ibíd.*,

46 NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. En: Revista de derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, No. 42, 2014, p. 145-185. Resalta a EUGEN EHRLICH como el fundador del Movimiento del Derecho Libre, seguido por ERNST FUCHS y HERMAN KANTOROWICZ (conocido bajo el seudónimo de GNEUS FLAVIUS), quienes sostenían que el Derecho no era únicamente el producto de la voluntad del Estado, sino que estaba caracterizado por su ausencia de formalización, pues las leyes promulgadas solo vendrían a formalizarlo, no a crearlo.

problemas presentados, para luego presentar cómo se ha tratado el problema de manera histórica⁴⁷.

Langdell es considerado su máximo representante. Para él, el derecho se estructura como un conjunto de conceptos, reglas y principios abstractos que guardan entre sí una relación de coherencia y forman un todo consistente que lo hacen sistemático y objetivo, al estar claramente determinados y fijados de manera precisa por instancias anteriores (precedentes, doctrinas, leyes) que proporcionan certeza a la aplicación del derecho, lo que lo hace autónomo y cerrado, porque existe y funciona al margen de consideraciones extrajurídicas, morales, políticas y religiosas⁴⁸.

Al finalizar el siglo XIX, inconformes con los métodos empleados por el formalismo jurisprudencial, se gestó en Estados Unidos de Norteamérica un movimiento ideológico tendiente a demostrar los problemas que trajo consigo la aplicación de los métodos dogmáticos tradicionales frente a la creación y aplicación del derecho, el cual se denominó *realismo jurídico (legal realism)*, ideología que se encuentra influida por las teorías aristotélica y tomista, según las cuales el derecho era lo justo. Igualmente, este movimiento rescató la separación entre derecho y moral, y planteó los riesgos de una reflexión jurídica basada en la lógica, razón por la cual ancló su estudio en las realidades empíricas, y propugnó por la adopción de múltiples perspectivas de observación, antes que normativas⁴⁹.

El realismo jurídico norteamericano nació alrededor del año 1930 con el fin de suplir el exagerado conceptualismo jurídico y como un rechazo a la corriente formalista jurisprudencial encabezada por la escuela de la jurisprudencia analítica de Austin, derivada del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, basada en decisiones adoptadas por los jueces, en contraste con los sistemas donde las deci-

47 *En la actualidad el método es utilizado por la Marina de los Estados Unidos donde se les solicita a los estudiantes que brinden soluciones específicas a un problema del pasado; para profundizar en la didáctica del método se puede consultar el portal de “Library of the Marine Corps”. LIBRARY OF THE MARINE CORPS, Recuperado de <http://lgdata.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/docs/2215/1460284/Decision-Forcing-Cases.pdf> el 13 de mayo de 2018.

48 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. En: Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII, Madrid. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2001, p. 267-300.

49 PULIDO CALLEJAS, Carlos Eduardo. La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Tesis de grado, maestría en Derecho, Línea de Profundización en Derecho Penal, Bogotá D. C. Colombia, 2014, p. 16.

siones se fundamentan en la ley, dado que se considera el derecho positivo como el único y verdadero, y donde las reglas servían de guía al ser humano, específicamente, contra las pretensiones de la ley común del derecho anglosajón (*common law*), en razón a que las ciencias jurídicas se auxilian de otras disciplinas como la psicología y la sociología, que enriquecen su análisis, en tanto fungen como instrumentos útiles para la interpretación del derecho⁵⁰.

Kennedy, considerado su principal exponente, sostiene que la sentencia que emite el juez siempre debe buscar la eficacia de la norma⁵¹; por ende, debe “determinar su alcance, examinar y extender una interpretación con base en el contexto donde las reglas deberán ser aplicadas, e inclusive, la posibilidad de creación de nuevas normas, de conformidad con los requerimientos de la dinámica social⁵²”.

El realismo hace énfasis en lo que el *derecho hace* y no en lo que el *derecho es*; de esta manera existe la posibilidad de predecir la conducta del juez, al crear una base científica para el derecho, y conceder a la jurisprudencia una importancia superior a la de la ley al desconocer la relevancia del carácter axiológico⁵³.

En la misma vía, Holmes sostiene que la vida del derecho no es lógica sino experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia la que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos concretos⁵⁴. Bajo esas circunstancias, el realismo intentó desmontar la primacía de la norma y de la seguridad jurídica, al considerar que la sentencia es insegura e impredecible, pero se critica porque al apearse a los hechos presentes, pierde de vista el impacto social y jurídico a largo plazo aplicando reglas precedentes. Al respecto, Plazas refiere que “el derecho en su realidad no se halla en las fuentes legales, doctrinarias y consuetudinarias, sino en las sentencias de los jueces y tribunales”, las cuales son precedidas por las par-

50 Ibid.,

51 KENNEDY, Duncan; RODRÍGUEZ, César; LÓPEZ, Diego Eduardo. Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1999, p. 95.

52 PULIDO CALLEJAS, Ob. Cit., 2014, p. 16.

53 CAYÓN, José Ignacio Solar. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 2014, p. 176-226.

54 CAMPOS, Francisco J. Nociones fundamentales del realismo jurídico. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 122, 2010, p. 203. También reportan autores como “Joseph BINGHAM, Thurman ARNOLD, Félix. S. COHEN, Walter W. COOK, Herman OLIPHANT, Max RADIN, Arthur L. CORBIN, Leon GREEN, Joseph C. HUTCHESON, Hessel E. YNTEMA, Underhill MOORE, Benjamin CARDOZO, Alexander PEKELIS, James B. THAYER y Fred RODELL. ZAMORA”.

tes en los litigios: cada una somete a su manera los hechos, y las reglas de derecho a la consideración del juez⁵⁵.

Una variación del realismo se encuentra con los juristas daneses, suecos y noruegos, quienes desarrollaron el denominado *realismo jurídico escandinavo* (*Skandinavisk juridisk realisme*) entre los años 1925 y 1940. Ellos, al igual que los norteamericanos coincidieron en afirmar que se debe racionalizar al máximo el análisis del derecho y considerarlo como un conjunto de hechos sociales. No obstante, a diferencia de aquellos, se centraron en la efectividad de las normas jurídicas, de ahí la expresión “*derecho vigente*” a través del cual se designa un conjunto de ideas normativas que rigen solo cuando son efectivamente observadas, y quienes las observan se sienten vinculados por ellas, más que en la actuación de los tribunales del derecho objetivo. Pese a que su análisis se orientó hacia la conducta humana, rechazaron las doctrinas iusnaturalistas y el positivismo normativista de quienes no aceptaron su método de elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales, porque el hecho de que los jueces funden sus sentencias en normas jurídicas prueba la prioridad lógica de los fundamentos aducidos, pero la vigencia de las normas aplicadas solo se deriva si hay razones fundadas para creer que servirá de base a resoluciones futuras.

Hägerström es considerado el fundador del Movimiento del Realismo Legal Escandinavo. Para él, la norma es válida si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia⁵⁶. En el mismo sentido, Olivecrona y Ross refieren que las normas jurídicas deben entenderse como directrices que pretenden provocar en su destinatario un determinado actuar⁵⁷. Rescatan los precursores de esta corriente la teoría alemana del derecho vigente, la cual “significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y [...] lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias⁵⁸”.

55 PLAZAS VEGA, Mauricio. Del realismo al trialismo jurídico Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial. 2° Edición. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2009, p. 60.

56 ZAMORA, Ob. Cit., 2010, p. 209.

57 ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 29.

58 ROSS, Ob. Cit., 2005, p. 17.

El camino ondulante recorrido por la humanidad en la búsqueda de una mejor comprensión para lograr la conformidad entre los miembros de la organización es sintetizado en el Cuadro 1, porque al pasar de lo metafísico a lo físico, basado en normas naturales y jurídicas, se reconocen otras áreas del conocimiento que hacen regresar al principio: al reconocimiento del ser humano en sociedad. También se advierte la constante preocupación por la búsqueda de teorías y prácticas que permiten actuar de manera uniforme; tarea compleja si se tienen en cuenta las brechas culturales que separan las sociedades de las fuentes productoras, sin dejar de lado que el proceso formativo se encuentra inmerso en esa amalgama de conceptos, el cual, pese a la existencia de puntos en común, debe propender por la unificación del lenguaje para reconocer un orden espontáneo que tienda a la solución de los problemas derivados de la aplicación normativa.

Cuadro 1. Dogmática jurídica, entre la metafísica y la física

Validez y eficacia del derecho			
Iusnaturalismo	La validez del derecho se deriva de la esencia del ser humano.		Positivismo
	<p>Teológico:</p> <p>Lo justo y natural se derivan del poder divino, no de la voluntad del legislador.</p> <p>Si el derecho positivo quiere ser justo, lo natural orienta lo positivo, y lo condiciona para que reconozca los valores.</p>	<p>Laico:</p> <p>Separa el derecho de la religión y la teología.</p> <p>El derecho se deriva de la naturaleza racional y social del ser humano, no por ser hijo de Dios.</p> <p>El derecho se reduce a su contenido justo o natural.</p>	
			<p>Busca la certeza jurídica.</p> <p>Rechaza la existencia de normas no positivas.</p> <p>No existe relación entre justicia y moral.</p> <p>Niega la interdisciplinariedad con otras ramas del conocimiento.</p> <p>Parte de la inferencia de normas, conceptos y principios.</p> <p>El juez declara el derecho, no lo crea.</p> <p>El Estado es el único límite.</p>

Validez y eficacia del derecho				
	Formalismo		Antiformalismo	
Francia	Escuela de la exégesis	<p>Código de Napoleón (S.XIX).</p> <p>Separación de poderes, contractualismo, y soberanía nacional.</p> <p>Derecho positivo: la ley lo es todo, la costumbre carece de valor.</p> <p>La función del juez es mecánica. Para la aplicar la ley debe acudir a la lógica deductiva y a la teoría de la subsunción.</p> <p>En el proceso de interpretación, debe buscar la intención del legislador y prevalecen los argumentos de autoridad.</p>	Escuela libre de investigación científica	<p>Como la ley no proporciona respuesta a todos los problemas, amplió el sistema de fuentes a:</p> <p>La costumbre</p> <p>La jurisprudencia</p> <p>La doctrina</p> <p>La ciencia</p> <p>La política</p> <p>La economía</p> <p>La sociedad</p> <p>La técnica</p> <p>Desde donde se debe indagar por su finalidad práctica.</p>
Alemania	Jurisprudencia de conceptos	<p>El juez aplica la lógica formal.</p> <p>El concepto del superior condiciona el del inferior.</p>	Movimiento del derecho libre	<p>El derecho debe integrarse a la <u>realidad</u> jurídica, porque a través de ella se regulan las relaciones humanas.</p> <p>Existe otro derecho, con vigencia en el seno de las sociedades por medio del acontecer fáctico – <i>el derecho vivo</i>.</p>
Estados Unidos	Formalismo jurisprudencial	<p>Estudia sentencias especiales que contienen principios y doctrinas relevantes, las cuales sirven para la resolución de conflictos.</p>	Realismo jurídico	<p>Rescata la relación entre derecho y moral.</p> <p>Ancla el estudio en las realidades constatables</p> <p>Defiende la adopción de múltiples perspectivas de observación, antes que normativas.</p> <p>Las ciencias jurídicas se nutren de la psicología y la sociología.</p> <p>El criterio de validez ya no es el único – surge el criterio de la <u>eficacia</u> normativa.</p> <p>El juez crea derecho – resuelve conflictos.</p> <p>Lo que el derecho hace, no lo que es.</p>

Validez y eficacia del derecho				
Escandinavia (Noruega, Suecia y Dinamarca)				El derecho debe ser considerado como un conjunto de hechos sociales. Se centra en la efectividad de las normas jurídicas (derecho vigente) que rigen solo cuando son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas.

Fuente: construcción propia.

1.2. Sistema de jerarquías

En la búsqueda de ese orden, siempre hay un punto de partida considerado el origen. En el acápite anterior se trataron las tensiones derivadas de las diferentes corrientes del pensamiento que se disputan el primer lugar en la explicación del orden social, y como producto de nuestra formación, hoy es común hablar de principios para hacer referencia a los fundamentos, o primeras proposiciones que rigen nuestro destino, dotadas de propósitos para el cumplimiento de ciertos fines⁵⁹, los que en materia judicial se traducen en múltiples formas, entre ellas, declarar el derecho o crearlo, impartir justicia o buscar la verdad, o dicho de otro modo, adaptar el modelo normativo a sus destinatarios⁶⁰.

En esa vía, y pese al papel integrador que cumplen los principios en la hermenéutica jurídica, se hace necesario precisar los vocablos “principios”, “garantías”, “valores” y “reglas”, en razón a que en el sistema de fuentes se utilizan de manera indistinta, como antesala para abordar el sistema de jerarquías, por ser este el que en últimas condicionará la validez y eficacia del tramado normativo.

59 NAVARRO FALLAS, Román A. Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense, En: *Ivstitia*. Año 12 N.º 138 junio 1998. Navarro describe “los principios [como] esencias contenidas en las normas jurídicas (escritas o no escritas, como la costumbre y la jurisprudencia). Son las “ideas fundamentales” o básicas del Derecho, que lo definen y explican ontológicamente. Los principios son la causa del Derecho Positivo, están en el origen del sistema normativo. Son las relaciones objetivas, el “hilo conductor” del ordenamiento jurídico. Son los que sistematizan el ordenamiento. Los principios (junto con los valores, fines y hechos) determinan la unidad de sentido, la conexión sistemática y material del sistema normativo. Son las “columnas” que sostienen el edificio jurídico. Son para la Ciencia del Derecho el equivalente de las leyes de la gravedad para la Física”

60 BELADIEZ ROJO Margarita. *Los Principios Jurídicos*. Primera edición. Madrid: Tecnos, 1994, p. 17; véase también CASSAGNE Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 29-30.

En materia de principios, la doctrina identifica dos tendencias: la primera cuenta con referentes como Alexy⁶¹, Del Vecchio⁶², Dworkin⁶³, Esser⁶⁴, García de Enterría⁶⁵, Zagrebelsky⁶⁶, y en Colombia, Bernal⁶⁷, la Ley 153 de 1887⁶⁸, la Constitución Política de 1991⁶⁹, y la Corte Constitucional⁷⁰, entre otros⁷¹, que consideran que los principios no constituyen derecho en sentido estricto por ser normas morales, también llamados principios de derecho natural, cuya función es la de auxiliar las normas jurídicas en el proceso de interpretación. Para esta tendencia, los principios se aplican a los casos que cuentan con más de una respuesta válida para el derecho, conocidos como “difíciles”. La segunda cuenta con referentes

-
- 61 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Valdés, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 48.
- 62 DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho. Trad. Juan Ossorio Morales. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1971, p. 113-125.
- 63 DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel, S.A. 1995, p. 72.
- 64 ESSER, Josef. Principio y norma en la creación jurisprudencial del derecho privado. Trad. Valentí Fiol, Eduardo. Barcelona: Bosh, 1961, p.498.
- 65 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Madrid: Civitas, 1986, p. 182.
- 66 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trad. Marina Gascón Abellán, 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 110.
- 67 BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. Teoría del neoconstitucionalismo. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, p. 289-326.
- 68 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (agosto, 15, 1887), artículo 4. “Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”.
- 69 Ob. Cit. Constitución Política, 1991. Artículo 230. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.
- 70 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995, MP. GAVIRIA DÍAZ, Carlos. “Los principios no hacen parte del ordenamiento porque “satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento, y por ende, no son materialmente reductibles a la Constitución”.
- 71 VÉLEZ ESTRADA, Sergio. Los principios jurídicos en Colombia: Algunas recomendaciones para su incorporación. En: Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, No 32, 2010, p. 159-171.

como Alchourrón, Bulygin⁷², Atienza, Ruiz Manero⁷³, Bobbio⁷⁴ y Guastini⁷⁵, y en Colombia, los Códigos Penal y de Procedimiento Penal⁷⁶, que los aceptan como verdaderas normas rectoras de aplicación directa, los cuales, junto con las reglas, condicionan la utilidad de los demás preceptos, y procede la ponderación cuando los fundamentos entran en conflicto.

Desde el punto de vista orgánico, sin desconocer las diferencias de fondo que presentan los diferentes enfoques, los principios, también llamados “garantías, principios generales, principios de derecho natural, principios constitucionales, principios jurídicos, normas rectoras y/o valores superiores”, no contienen consecuencias jurídicas, ni implican normas de trámite, en tanto que las reglas les ayudan a precisar su contenido y alcance; por ende, se constituyen en herramientas útiles para el entendimiento de los preceptos y en pautas útiles para la estimación de la constitucionalidad o la vigencia de las mismas, esto es, se erigen como el fundamento que orienta toda la normatividad.

Para diferenciar los principios de los valores, la Corte Constitucional colombiana acoge a Dworkin para sostener que los últimos “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico [que] pueden tener consagración explícita o no⁷⁷”; es decir que los valores constituyen el conjunto de propósitos plasmados en el

72 ALCHOURRON Carlos E, BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 127-129.

73 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Sobre Principios y Reglas, En: Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 10, p. 101-120 Ed.: DOXA. 1991. Al respecto definen el principio “[en sentido amplio, como la] directriz o norma programática que expresa un ideal de realización progresiva e inagotable, que sólo puede cumplirse en mayor o menor medida, siempre que las circunstancias permitan, [y en sentido estricto,] como aquellos que condensan valores superiores del ordenamiento jurídico y excluyen las normas que contradigan estos valores, porque su función es negativa, esto es, evitar que la persecución de cualesquiera sus intereses pueda dañar a dichos valores”.

74 BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1994, p. 183.

75 GUASTINI, Ricardo. Las fuentes del derecho, Fundamentos teóricos. Traducción, Moreno More, César E. y, Cárdenas Rodríguez, Luis. Lima: Editorial Científica Peruana S.A.C., Raguel ediciones, Primera edición, enero de 2016, p. 340-346.

76 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 599 (julio, 24, 2000), artículo 13. “Las normas rectoras contenidas en ese Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal y prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación”; Véase también Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 26: “las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de ese código”, por ende, deben ser utilizadas como fuente de interpretación.

77 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992 MP. ANGARITA BARÓN, Ciro.

preámbulo de la Constitución⁷⁸ y los fines del Estado⁷⁹, que establecen el tramado normativo que debe precisar el legislador, convirtiéndose en fuente de interpretación cuando entran en tensión los principios. Dicho de otra manera, mientras que los valores miran las relaciones entre gobernantes y gobernados⁸⁰, o los fines a los que se quiere llegar, generalmente asociados con la moral⁸¹, los principios poseen un carácter prioritario frente a cualquier otra norma; por ese motivo, cuando existe conflicto entre una norma y un principio, debe resolverse con prelación a esta última.

En este punto resulta útil la clasificación de las reglas, expuesta por Carrió y Dworkin, quienes sostienen que el derecho se encuentra comprendido por *reglas específicas*, las cuales se refieren a conductas determinadas que establecen mandatos, prohibiciones o permisiones; *por reglas generales*, entendidas como preceptos que, en el mismo sentido, mandan, permiten o prohíben conductas heterogéneas que se acomodan a una calificación genérica; y *por reglas de segundo grado*, o meta-jurídicas, las cuales son preceptos superiores reguladores de la interpretación, que sirven para determinar el alcance o la aplicación de otras normas jurídicas jerárquicamente inferiores; son los denominados principios y valores jurídicos que juegan un papel especial en el entramado jurídico debido a las diversas tipologías, características, funciones y conflictos que se pueden presentar entre ellas⁸².

78 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, Preámbulo. “En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política”.

79 Ibid., artículo 2°. “Son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

80 VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. En: Justicia Juris, Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe, Vol. 8, octubre 2007-marzo 2009, p. 69-83.

81 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-406 de 1992, ANGARITA BARON, Ciro. “[Generalmente] los valores determinan el sentido y finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”; son normas abstractas y abiertas que pertenecen al campo axiológico, y establecen fines dirigidos al legislador, que en últimas es el creador del derecho, por ende, “no son normas de aplicación directa que puedan resolver aisladamente un asunto”.

82 CARRIÓ, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1970, p. 32 y ss.; Véase también DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio.

Mientras que Alexy, refiriéndose a la distinción entre principios y reglas, sostuvo que estas últimas solo pueden ser cumplidas o no; en tanto que las primeras “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”⁸³.

De lo anterior se infiere que las reglas de primer grado tienen un “contenido general e indefinido”, porque poseen un supuesto de hecho y una consecuencia, que generalmente se expresan a través de mandatos definitivos porque mandan, permiten, prohíben, y se aplican a través de la subsunción; mientras que las de segundo grado son entendidas como normas jurídicas de obligatorio cumplimiento, que junto con los valores sirven como fuente de interpretación del ordenamiento jurídico⁸⁴. Y los principios, en sentido amplio, le dan sentido de unidad a las aspiraciones del Estado y al ordenamiento jurídico a partir del plexo de valores que alberga el *bloque de constitucionalidad*. En el cuadro 2 se sintetizan las diferentes posturas acerca del significado de los vocablos “principio”, “valor” y “regla”, los cuales se orientan a la formación de la locución “bloque de constitucionalidad”, que condiciona el sistema jerárquico de fuentes.

Cuadro 2. Polisemia de los vocablos principio, valor y regla

Principio		Valor	Regla
No constituyen derecho en sentido estricto, (normas morales, o principios de derecho natural). Su función es la de auxiliar las normas jurídicas en el proceso de interpretación, y “solo se aplican en los denominados casos difíciles”.	Normas rectoras de aplicación directa que junto con las reglas condicionan la validez de las demás normas del ordenamiento, y procede la ponderación cuando los principios entran en conflicto entre sí.	“Sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico [que] pueden tener consagración explícita o no”.	

Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 72-73.

83 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

84 *Ibíd.*

No contienen consecuencias jurídicas, ni implican normas de trámite, se constituyen en herramientas útiles “para la interpretación de la ley, y en criterios útiles para la evaluación de la constitucionalidad o la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico”.	Conjunto de propósitos plasmados en el Preámbulo de la Constitución y los fines del Estado.	Ayudan a precisar el contenido y alcance de los principios
Son el fundamento que orienta toda la normatividad.	Tramado normativo que debe precisar el legislador, convirtiéndose en fuente de interpretación cuando entren en tensión principios o garantías fundamentales.	
“Poseen un carácter prioritario frente a cualquier otra norma”.	Fines a los que quiere llegar el Estado, generalmente asociados con la moral.	
Reglas de segundo grado o metajurídicas. Preceptos superiores reguladores de la “interpretación, que sirven para determinar el alcance o la aplicación de otras normas jurídicas jerárquicamente inferiores”.		Reglas específicas: se refieren a conductas determinadas que establecen mandatos, prohibiciones o permisiones. Reglas generales: “preceptos que mandan, permiten o prohíben conductas heterogéneas que se acomodan a una calificación genérica”.
“Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”.		Pueden ser cumplidas o no.
Normas jurídicas de obligatorio cumplimiento que sirven como fuente de interpretación del ordenamiento jurídico.		Tienen un “contenido general e indefinido, (poseen una estructura jurídica interna”-supuesto de hecho y consecuencia), generalmente se expresan a través de mandatos definitivos porque mandan, permiten, prohíben.
Sirven como fuente de interpretación del ordenamiento jurídico.		Se aplican a través de la subsunción.

Fuente: construcción propia.

En ese orden de ideas, se analiza la evolución y el desarrollo del sistema de jerarquías, para comprender la forma en que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia interpretan la tensión derivada de la aplicación del concepto.

Al final de la Segunda Guerra Mundial (1945), los textos constitucionales se orientaron hacia la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas, al miramiento por la dignidad y los derechos fundamentales, así como a la dis-

tinción entre principios como normas constitucionales y normas legales⁸⁵ como instrumentos necesarios para resolver los conflictos de aplicación de normas⁸⁶.

Como antecedente histórico del concepto, el Consejo Constitucional de Francia sostuvo que “la Constitución derogada de 1946⁸⁷ y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 son normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes, y sirven para la elaboración del juicio de constitucionalidad de cualquier disposición del ordenamiento jurídico”⁸⁸.

En el decenio de los 70, la constitucionalización del derecho fue cada vez mayor, por ende, la tendencia se orientó hacia la democratización de los sistemas de gobierno y al condicionamiento de la actuación del Estado para el reconocimiento de ciertos fines y objetivos, razón por la cual se materializó el respeto por los derechos fundamentales e impidió que tanto el legislador como los encargados de dispensar justicia los desconocieran⁸⁹.

El Tribunal Constitucional en España usó por primera vez la expresión “bloque de constitucionalidad” en el año de 1982 -en el fallo STC 10/82-, refiriéndose a él como “un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución, ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”⁹⁰.

85 GIL RENDON, Raymundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales, En: *Quid iuris*. México: Universidad Nacional Autónoma, 12, 2011, p. 43-61.

86 Dato curioso: la Constitución de los Estados Unidos de 1787, redactada en Filadelfia, define los derechos básicos de los ciudadanos en 7 artículos y 27 enmiendas, considerada la más antigua en uso, pero comprende más normas y principios de los que se advierten en el texto.

87 CONSTITUCIÓN DE FRANCIA. 1958. En el preámbulo se lee: “El pueblo francés proclama solemnemente la adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos en la declaración de 1789, confinada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946...”.

88 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. En: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. Año 03, Vol. 01, 2005, p. 232.

89 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Fundamentos constitucionales y teoría general. El proceso Penal*. 6ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 43.

90 RUBIO LLORENTE, Francisco. *La Forma del Poder*. “Estudios Sobre La Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: (1997), tomado de Javier Andrés Serna Mesa. “El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo”. En: *Diálogos de Derecho y Política*, No. 4, Año 2, 2010, p. 4.

Cuando Colombia adoptó la figura de Estado social de derecho en el año 1991, la Constitución se aplica de manera preferente sobre las demás disposiciones⁹¹. En efecto, la Carta de Derechos es el primer instrumento de resolución de conflictos seguida por los instrumentos internacionales que atiende las garantías constitucionales, y los principios y valores, que si bien no figuran de manera directa en el texto constitucional, sí transmiten la idea que la Constitución del Estado va más allá de su texto, y resulta de especial importancia en la legislación procesal penal, no solamente por la labor hermenéutica que desarrollan sus intervinientes, sino por el alto riesgo de afectación a las garantías fundamentales que entran en juego.

Para el año de 1995, el sistema de fuentes adquirió el concepto de bloque de constitucionalidad, constituido por principios y normas que, a pesar de no aparecer en el articulado constitucional, fueron utilizadas como referentes de control, por cuanto habían sido normativamente integradas por mandato de la propia Constitución⁹². Y fue hasta el año 2003 cuando la Corte Constitucional colombiana decidió ir más allá, al señalar que el bloque de constitucionalidad opera como “disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado”⁹³. Desde ese entonces, sirve como regla de interpretación respecto de las inquietudes que surjan en su aplicación; de complemento cuando no exista norma directamente aplicable; como guía de labor del operador, y limitador de la validez de las normas subordinadas⁹⁴.

En el mismo sentido, desde ese momento el bloque hace parte del sistema de fuentes, compuesto por “principios y normas de valor constitucional que se remiten a la Constitución y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida durante los estados de excepción”⁹⁵ -en sentido estricto-, y por aquellos principios y valores que, si bien no

91 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 4º. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

92 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. MP. MARTÍNEZ CABBALLERO, Alejandro.

93 Ibid., Sentencia C-067 de 2003. MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

94 Ibid.,

95 Al respecto, se pueden consultar los artículos 212 y siguientes de la Constitución Política Colombiana de 1991, donde se establece la posibilidad de declarar la situación extraordinaria, estrictamente, para “repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”.

figuran de manera directa en los textos constitucionales, “sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación” y transmiten la idea que la Constitución va más allá de su texto -en sentido amplio-⁹⁶.

En este orden de ideas, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸ son de especial importancia y conocimiento para proteger los derechos de los perjudicados y los victimarios frente a los abusos de poder en el sistema procesal penal, porque permiten concretar el alcance de las garantías dispuestas en la Carta Superior y en la Legislación, los cuales pueden prever, en algunos de sus apartes, las garantías más explícitas que la misma ley procesal penal, sin desconocer la existencia de otros tratados internacionales aprobados por el Estado, que igualmente hacen parte de la agrupación constitucional⁹⁹.

96 UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 23.

97 En los artículos 2, 5, 9, 14, 15, 14 y 17 se encuentran consagradas las normas sobre la detención, la libertad personal, el debido proceso penal, las garantías penales (legalidad de los delitos y las penas, así como sus límites), los derechos de las víctimas, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones.

98 En los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 25 de la Convención consagran las garantías tanto del procesado como de las víctimas.

99 Dentro de los cuales se encuentran: (1) la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1418 de 2010; (2) la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009; (3) el Segundo protocolo de la convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobado por la conferencia diplomática de La Haya, el 26 de marzo de 1999, aprobada mediante la Ley 1130 de 2007; (4) “La convención interamericana contra el terrorismo, suscrita en la ciudad de Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de dos mil dos 2002, en el trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”, aprobada mediante la Ley 1108 de 2006; (5) El protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptado por la asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999, el cual entró en vigor el 22 de diciembre de 2000, aprobada mediante la Ley 984 de 2005; (6) El protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por la asamblea General el 25 de mayo de 2000 mediante Resolución A/RES/54/263, el cual entró en vigor el 12 de febrero de 2002, y fue aprobado mediante la Ley 833 de 2003; (7) “La convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en especial de mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, adoptada por la asamblea general el 15 de Noviembre de 2000, aprobada mediante la Ley 800 de 2003; (8) El protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado

Junto a ellos existen otros documentos que, si bien carecen de fuerza jurídica vinculante por no ser tratados de derechos humanos, son expresiones del derecho internacional consuetudinario, también llamado derecho suave, que por formar parte del sistema de fuentes, también pueden ser utilizados para valorar e interpretar las normas del procedimiento penal cuando pongan en riesgo los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentran los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura¹⁰⁰; la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹⁰¹; las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, también llamadas Reglas de Beijing¹⁰²; los principios de Joinet, sobre impunidad y derechos de las víctimas¹⁰³, y las declaraciones o principios elaborados por los doctrinantes, o por los cuerpos especializados, adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas.

De esta forma, el sistema de garantías del sistema penal colombiano se encuentra previsto no solo en el preámbulo de la Constitución, el cual gira en torno a la dignidad de la persona y a la primacía de los derechos inalienables, sino en su entramado normativo, que no solo establece la prohibición de tratos crueles, sino el reconocimiento de los acuerdos internacionales validados por el Congreso¹⁰⁴, la declaración Universal de los derechos del hombre de 1789 adoptada como legislación permanente desde 1968¹⁰⁵, y los derechos previstos en la Ley 599 de

por la asamblea general el 25 de mayo de 2000 mediante resolución A/RES/54/263, el cual entró en vigor mediante la Ley 765 de 2002.

100 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

101 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

102 *Adoptada por las Asamblea General de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, el 14 de diciembre de 1990.

103 *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

104 Ob. Cit., Constitución Política, 1991, Cfr. artículos 5, 12, 93.

105 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 74 (diciembre, 26, 1968), por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2000¹⁰⁶, la Ley 600 de 2000¹⁰⁷ y la Ley 906 de 2004¹⁰⁸, actuales Código Penal y de

106 Ibid., Ley 599 (julio, 24, 2000). Al respecto señala como criterios de prevalencia en la interpretación del sistema penal (artículo 13), el respeto por la “dignidad humana” (artículo 1), la “integración de las normas y postulados sobre derechos humanos consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia” (artículo 2), los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad principios (artículo 3), así como las funciones de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; protección, curación, tutela y rehabilitación para el asegurado” (artículos 4 y 5). El juzgamiento conforme a la legalidad estricta, y la favorabilidad (artículo 6) en condiciones de igualdad (artículo 7), sin que se pueda “imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado” (artículo 8), bajo el esquema de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad para que la conducta pueda ser considerada como punible (artículos 9, 10, 11 y 12).

107 Ibid., Ley 600 (julio, 24, 2000). Reitera la prevalencia de las normas rectoras sobre cualquier otra disposición (artículo 24), la cuales deben ser utilizadas como fundamento de interpretación (artículo 22). La dignidad humana (artículo 1) frente al trato que se le debe dar lo sujetos procesales (artículo 9)&\$, así como la integración normativa en materia de garantías consignadas en la Constitución Política, Convenios internacionales ratificados por el Estado (artículo 2), y otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza del proceso penal (artículo 23); el respeto por la libertad que solo podrá verse afectada paraa asegurar la comparencia al proceso del sindicado, con preservación de la prueba y la protección de la comunidad (artículo 3), el trato en condiciones de igualdad (artículo 5) e inocencia, mientras no exista decisión definitiva (artículo 7), el respeto por la legalidad al tiempo de la actuación (artículo 6), con la garantía de la defensa integral, ininterrumpida, técnica y material (artículo 8). Acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 10), juzgado por tribunal competente (artículo 11) independientes y autónomos (artículo 12); con respeto a la controversia (artículo 18), a presentar y controvertir las pruebas (artículo 13), con la posibilidad de que sea conocido por todos, salvo para quienes no sean sujetos procesales (artículo 14), sin dilaciones injustificadas (artículo 15), haciendo prevalecer la efectividad del derecho sustancial (artículo 16) en condiciones de lealtad y buena fe, sin que sea posible someter a una nueva actuación por la misma conducta, aunque tenga denominación jurídica distinta (artículo 19). Y a que se aa que se investigue “lo favorable y lo desfavorable a los intereses” del encartado (artículo 21) así como la cesación de los efectos creados por la comisión de la conducta punible, e indemnización de los perjuicios causados por la conducta punible (artículo 22), en un proceso gratuito (artículo 23).

108 Ibid., Ley 906 (agosto, 31, 2004). Las normas rectoras, además de ser “obligatorias y prevalecer sobre cualquier otra disposición de este código son fundamento de interpretación” (artículo 26); como criterios moduladores de la actividad judicial estableció los “criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la justicia” (artículo 27). El trato al interior del proceso penal debe ser acorde a la dignidad humana (artículo 1); la libertad “sólo puede ser interrumpida en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, previas las formalidades y por motivos definidos en la ley, para garantizar su comparencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (artículo 2); la prevalencia de los tratados y convenios internacionales forman parte del “bloque de constitucionalidad”, y otros ordenamientos procesales (artículo 3 y 25). El trato al implicado debe ser en condiciones de igualdad respecto del órgano de persecución penal (artículos 4, 8); donde el deber ser sea establecer la verdad y la justicia con objetividad (artículo 4), “conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos” (artículo 6), con respeto a la inocencia, “mientras no quede en

Procedimiento Penal, utilizados para la protección y efectividad de los derechos procesales.

Se infiere, entonces, que además del control constitucional de las normas locales internas, los tratados internacionales y el derecho suave son instrumentos fundamentales en el proceso de resolución de conflictos socio-jurídicos, al ser el puente entre la naturaleza racional del hombre y la naturaleza de las cosas, sin olvidar que el control de convencionalidad implica la expulsión de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a su interpretación, para evitar incurrir en responsabilidad internacional, en razón a que el primer llamado a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos es el Estado¹⁰⁹.

El cuadro 3 sintetiza el contenido del bloque de constitucionalidad, como sistema jerárquico de fuentes, a través del cual se interpretan, integran, orientan y

firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”, más allá de toda duda, y sin que se pueda invertir la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía y con la exclusión de evidencia obtenida con violación de las garantías fundamentales (artículos 7 y 23). El derecho a una defensa integral (artículo 8); en un procedimiento donde predomine la oralidad (artículo 9), en la búsqueda de la eficacia del derecho sustancial (artículo 10); con respeto a su intimidad (artículo 14), donde la víctima tiene acceso en búsqueda de la verdad, justicia y reparación (artículo 11), en condiciones de lealtad y buena fe (artículo 12), sin erogación en cuanto al servicio que presta la administración de justicia (artículo 13), con derecho a conocer y controvertir las pruebas (artículo 14), en un juicio donde sólo se tendrán como tales las “que haya sido producidas o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (artículo 15, 20) de manera continua (artículo 16), de manera pública (artículo 18), ante juez previamente instituido (artículo 19 y 24); sin que sea posible someter a nueva “investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario” (artículo 21); procurando siempre en la medida de lo posible, el restablecimiento de los derechos quebrantados (artículo 22).

- 109 VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; GONZÁLEZ SERRANO, Andrés. Reflexiones sobre el “caso Petro”. En: Prolegómenos, Bogotá: Revista Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada Vol. 17, No. 34, 2014, p. 9-12. “[Señala] que hoy no solo se debe hablar de un control de constitucionalidad sino también de un control de convencionalidad, el cual lo deben ejercer de manera oficiosa los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Control que no solo se limita a comparar la norma interna con el tratado internacional –Convención Americana sobre Derechos Humanos–, sino además con la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [por ende] “es necesario –para los defensores de derechos humanos– promover el desuso de la doctrina que esgrime que el derecho es una herramienta de la política....que como otros, debe servir de ejemplo del mal empleo que desde la política se hace del ordenamiento jurídico interno en algunos casos”; Véase también, DE DERECHOS HUMANOS, Corte Interamericana. Control de Convencionalidad. En: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7. Vol. 10, 2017, 1-39 p.

limitan los conceptos jurídicos considerados fundamentales, y se constituyen en referente obligatorio para la reflexión teórico-jurídica en la búsqueda de soluciones consideradas correctas y justas para el derecho.

Cuadro 3. Sistema jerárquico de fuentes

<p>En sentido amplio: Principios y valores que, si bien no figuran de manera directa en los textos constitucionales, “sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación”.</p>	<p>En sentido estricto: “Principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos”.</p>
<p>Sistema de fuentes</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Tratados de derechos humanos ratificados por Colombia: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). • Constitución de Colombia. • Ley. 	
<p>Derecho suave</p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. • Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. • Reglas de Beijing (reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores) • Principios de Joinet (impunidad y derechos de las víctimas). • Las declaraciones y doctrina adoptada por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas. • Declaración Universal de los derechos del hombre. 	

Fuente: construcción propia.

1.2.1 Soluciones consideradas correctas y justas para el derecho

A esta altura se advierte que los vocablos que integran el sistema de jerarquías juegan un papel estratégico dentro del plexo de las garantías fundamentales, entendidos como el conjunto de principios, garantías, valores y reglas organizados, que sirven de faro orientador en la búsqueda de respuestas razonables a las múltiples tensiones desde el sistema de fuentes. Bajo ese entendido, no podemos perder de vista dos aspectos: de un lado, la pluralidad de problemas a los que diariamente se enfrenta el jurista, los cuales para nuestro objeto de estudio, recaen en el justiciable, porque los hechos y las normas relevantes permiten más de una solución; porque la norma aplicable contiene expresiones lingüísticas vagas; porque pese a su claridad, existe más de una alternativa razonable de solución, o en su defecto, existe más de una norma aplicable al caso; porque no existe norma aplicable, o existiendo, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concre-

to, o finalmente, porque existe cambio de precedente a la luz del nuevo caso¹¹⁰. De otro lado, no podemos perder de vista que el sistema de fuentes consagra una jerarquía normativa que ofrece una primera alternativa para la solución de casos, presentándose el fenómeno que la doctrina ha llamado *antinomias*, para referirse a la existencia de diversas y opuestas soluciones a un caso concreto¹¹¹, razón por la cual es común escuchar en el mundo académico las expresiones “*conflicto*” y “*colisión*”, para diferenciar el enfrentamiento entre las reglas y los principios jurídicos.

En este sentido, los referidos conceptos se utilizan para diferenciar el enfrentamiento normativo del choque de principios; por ende, su análisis y estudio serán de gran utilidad, porque a través de ellos se dilucidará la complejidad de las relaciones jurídicas, las cuales obligan a abordar el objeto de investigación desde una perspectiva analítica, ponderada, crítica y propositiva. Así las cosas, mientras que en el conflicto el sistema de fuentes sugiere un orden lógico que intenta decantar el asunto, en la búsqueda de soluciones también consideradas correctas y justas para el derecho; de la colisión surgen problemas y dificultades para el jurista, porque pese a la precisión conceptual de los vocablos, cada uno de ellos abre un espectro de posibilidades interpretativas dependiendo la concepción del derecho desde donde se aborde la solución del caso.

1.2.2 Conflicto entre preceptos jurídicos de acuerdo con el sistema de jerarquías

Como método de solución de conflictos entre reglas jurídicas, se tiene prevista la subsunción entre los preceptos jurídicos, las cuales, al decir Alexy¹¹², solo pueden ser resueltas “si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas”, o en su defecto, “si se declara la invalidez de una de ellas”, bajo los siguientes axiomas: “*lex superior derogat legi inferiori; lex specialis derogat legi generali, y lex posterior derogat legi priori*”¹¹³.

110 RODRÍGUEZ Cesar. La decisión judicial. El Debate Hart – Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, p. 68 y ss.

111 GUASTINNI, Ricardo, “Antinomias y lagunas”. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 29, Año 1999, p. 437. “[La antinomia se presenta], cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones, con base en normas presentes en el sistema”.

112 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Colección El Derecho y la Justicia, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 y 87.

113 Se precisa que el uso del término latino “derogat” no es correcto, en razón a que se trata de fenómenos distintos, toda vez que, frente al primero, la ley superior invalida la inferior; el

En Colombia, los anteriores axiomas fueron previstos por el legislador desde el año de 1887, cuando mediante la Ley 153 del mismo año se establecieron las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes¹¹⁴, constituyéndose desde ese entonces en una herramienta de selección para resolver los problemas que genera la aplicación de la ley positiva. Es decir que en primera instancia se acude a ellas como mecanismos de interpretación jurídica para evitar la aplicación de leyes de manera simultánea, y solucionar la contradicción cuando dos normas concurren en un mismo ámbito temporal, espacial, personal y material de validez del sistema jurídico, pero son incompatibles entre sí en una situación concreta, decidiendo por una de ellas sobre las otras opciones que se presenten, de acuerdo a los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad, entre otros¹¹⁵.

Desde el rango para el uso del primer postulado *-lex superior derogat legi inferiori-*, se deben tener en cuenta las diferentes categorías que tienen las normas entre sí, bajo el criterio constitucional y el legal; lo anterior quiere decir que, si la Constitución Política es la norma superior, en caso de discrepancia con otra norma, se aplicarán de preferencia las normas constitucionales.

Sobre el tema, la Corte Constitucional indicó que, aunque no exista una disposición expresa que determine la jerarquía normativa, del articulado se infiere¹¹⁶. En este tenor, la Carta Política establece que “la Constitución es norma de normas, [y] en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”¹¹⁷. En materia legislativa, también se consagró una jerarquía entre las distintas clases de ley (estatutarias,

segundo, la ley especial deja sin vigor, la general -abroga -, y el tercero, antes que dejar sin efectos, la ley posterior excluye la anterior.

- 114 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 153 (agosto, 15, 1887), artículo 1º. “Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, se observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes”, y, (artículo 2), “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior”.
- 115 Porque la doctrina también habla de los criterios de competencia y adecuación; así, mientras que el primero se resuelve con el criterio jerárquico, el segundo antes que resolver, las previene.
- 116 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2000, M.P. NARANJO MESA, Vladimiro.
- 117 Ob. Cit., Constitución Política, 1991, artículo 4º. “... Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

orgánicas, marco y ordinarias), así, por ejemplo, las leyes estatutarias¹¹⁸ requieren un trámite más exigente para su expedición que el de las ordinarias, las cuales no pueden derogar las orgánicas¹¹⁹, ni tampoco invadir su órbita de competencia¹²⁰.

Esto es que, aunque existe una jerarquía normativa, ella no ha sido señalada en su totalidad por el constituyente, ni engloba la posición de todas las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico.

La aplicación del segundo postulado *-lex specialis derogat legi generali-* se refiere a la relación de género a especie de dos normas¹²¹; es el caso de una norma que abarca supuestos amplios y/o generales y una norma que regula un supuesto más concreto que las comprende¹²², en este caso, la ley con mayor contenido

118 Ibid., artículo 152. “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará [los] derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; [la] administración de justicia; [la] organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; [las] instituciones y mecanismos de participación ciudadana; [los] estados de excepción; [la] igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley...”.

119 Ibid. Las leyes orgánicas las establece la Constitución de manera taxativa, y dada su importancia, le siguen en jerarquía a las leyes estatutarias; tienen un trámite especial, entre ellas los reglamentos del congreso y las corporaciones (artículo 151); las normas relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales y entre éstas y la Nación (artículo 288); el ordenamiento territorial y el establecimiento de requisitos para que el Congreso Nacional pueda decretar la formación de nuevos departamentos (artículo 297); las atribuciones, los órganos de administración, los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías, así como la definición de los principios para la adopción del estatuto especial de cada región, y el establecimiento de condiciones previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, para solicitar la conversión de la región en entidad territorial, y posterior referendo de los departamentos interesados (artículo 307); las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del plan de desarrollo; (artículos 1 y 350) las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones (artículo 342); la regulación correspondiente a la programación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan de desarrollo, así como sobre la capacidad de los organismos y entidades para contratar (artículo 352).

120 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-600A de 1995. MP. MARTINEZ CABALLERO, Alejandro.

121 Ibid., Sentencia C-05 de 1996. MP. HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio.

122 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, del 18 de febrero del 2000 MP. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando. “En materia penal una norma es especial, respecto de otra cuando 1) La conducta que describe está referida a un tipo básico; b) Entre ellos se establece una relación de género a especie; y, c) protege el mismo bien jurídico; bajo esos supuestos se está en presencia de un concurso aparente de tipos, el cual debe ser resuelto conforme al principio de especialidad”.

prima sobre la general. A título de ejemplo, se encuentra el pronunciamiento que hizo la Corte Constitucional sobre la demanda al numeral 2° del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, en virtud del cual el presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes “por haberse dictado en su contra medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, *siempre que esté debidamente ejecutoriada*”¹²³. En esa ocasión, la Corte, antes de estudiar el caso, además de precisar que la demanda se dirigía únicamente en contra de la locución “siempre que esté debidamente ejecutoriada”, verificó que la disposición acusada se encontraba vigente, ante la potencialidad de que hubiese sido derogada de manera tácita por las normas 188 y 359 de la Ley 600 de 2000, porque “el estudio de constitucionalidad sólo es procedente cuando las normas legales están incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico positivo, o cuando, a pesar de que ya no [estén] vigentes, continúan produciendo efectos jurídicos, esto es, mantienen su eficacia o aplicabilidad”¹²⁴.

Superado este paso, señaló que el texto de la norma 188 procesal penal consagraba de manera general que “las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato”, y “conforme a esta disposición, la ejecución de las decisiones en ella contempladas no [están sometidas] a la ejecutoria o firmeza de la providencia” respectiva. A la par, la norma 359 del ordenamiento establece que para que opere la aprehensión premunitiva de los funcionarios públicos, “en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo”, sin que sea necesario solicitarla, cuando a criterio del funcionario judicial la conducta no altere el normal desenvolvimiento de la administración¹²⁵.

Bajo esas condiciones precisó la Corporación que, “conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica [de conformidad con el artículo 5° de la Ley 57 de 1887], si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

Es decir que: “[...] los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se registrarán por éstas”, y como la “norma acusada se refiere exclusivamente a la suspensión de los alcaldes en el ejercicio del cargo, como condición previa,

123 Ob. Cit., Sentencia C-576 de 2004, MP. ARAUJO RENTERIA, Jaime.

124 Ibid.,

125 Ibid.,

en todos los casos, para la ejecución de la medida de aseguramiento de detención preventiva que les ha sido impuesta”, tiene un carácter especial frente a los artículos 188 y 359 que “tratan de la ejecución de dicha medida de aseguramiento en relación con la generalidad de los sindicatos y con los servidores públicos”¹²⁶.

Y el tercer postulado *-lex posterior derogat legi priori-* se refiere a la vigencia de las normas en el tiempo, esto es, que las normas dictadas con posterioridad derogan las normas anteriores, lo cual puede producirse por manifiesto mandato del nuevo precepto o de forma tácita.

En materia penal, el postulado se relaciona de manera directa con el principio de legalidad, según el cual “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio...”¹²⁷. Un ejemplo lo constituye la derogatoria y vigencia de la Ley 906 de 2004, cuando señaló que el Código “regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005”, mientras que “los casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución Política¹²⁸ continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000, y los artículos 531¹²⁹ y 532¹³⁰, entrarán en vigor a partir de su publicación”¹³¹.

126 Ibid.,

127 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 29, Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 6; Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 6.

128 “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso”.

129 Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000). &§Artículo 531. Requisitos para solicitar la libertad. “Sin perjuicio de lo previsto en tratados públicos, cuando contra una persona que se encuentre en el exterior se haya proferido en Colombia resolución que resuelva la situación jurídica, imponiendo medida de aseguramiento, resolución de acusación en firme o sentencia condenatoria por delito que tuviere pena privativa de la libertad no inferior a dos (2) años de prisión, el funcionario que conociere del proceso en primera o única instancia, pedirá al Ministerio de Justicia y del Derecho que se solicite la extradición del procesado o condenado, para lo cual remitirá copia de la providencia respectiva y demás documentos que considere conducentes. La solicitud podrá elevarla el funcionario de segunda instancia cuando sea él quien ha formulado la medida”.

130 Ibid., Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 532. Examen de la documentación. “El Ministerio de Justicia examinará la documentación presentada, y si advirtiere que faltan en ella algunos documentos importantes, la devolverá al funcionario judicial con una nota en que se indiquen los nuevos elementos de juicio que deban allegarse al expediente”.

131 Ibid., Ley 906 (agosto, 31, 2004), Artículo 533. “[El ordenamiento procesal] regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005...”, declarado exequible mediante la sentencia de la Corte Constitucional C-708 de 2005. MP CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.

Sobre este fenómeno, la Corte Constitucional también precisó que “las normas superiores relativas a los efectos del tránsito de legislación se encuentran concentradas básicamente en los artículos 58 y 29 de la Constitución Política”: mientras el primero garantiza la “propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”; el segundo protege “el debido proceso conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, constatándose que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable”¹³².

Bajo esas premisas, la ley será aplicable una vez entre en vigor, abarcando las situaciones que se presenten bajo los supuestos normativos, por ende, la retroactividad resulta extraña, pero a pesar de la claridad de la premisa, existen situaciones en el tiempo que pueden derivar posturas jurídicas complejas. Como “(...) cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, siempre que se respete el principio de favorabilidad penal”¹³³.

En este sentido, señaló que “la ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo, ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración”, aunque la norma haya sido derogada después, fenómeno que se “presenta en relación con todas las normas jurídicas sin importar su naturaleza”¹³⁴. Y aclaró que, en virtud de la libertad de configuración legislativa, puede ordenar que “ciertas disposiciones formalmente derogadas continúen produciendo efectos [...] dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios, poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto”, de tal manera que, entretanto la antigua prolonga su existencia, la nueva ley se inaplica, a través del fenómeno de la ultraactividad¹³⁵.

Así lo ha confirmado la guardiana de la Constitución al precisar que “las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio colombiano son

132 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-763 de 2002, MP. ARAUJO RENTENRÍA, Jaime.

133 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de 2001, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

134 Ibid.,

135 Ibid.,

susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, con la condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos”¹³⁶. En el mismo contexto, la Ley 906 de 2004, “en virtud del principio de favorabilidad, tanto a hechos acaecidos antes de su vigencia de la ley como en distritos judiciales en los que aún no se encontrara operando el nuevo sistema”, puede ser aplicada, ante la entrada gradual en vigencia¹³⁷ (pronunciamientos que acogieron la tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la favorabilidad frente a la “coexistencia de sistemas procesales), siempre y cuando no se esté frente a instituciones estructurales del nuevo sistema que excluyan el supuesto material principio”¹³⁸.

De otra parte, también se presentan casos donde el juez para solucionar la ley aplicable al caso, desatendiendo la legalidad, crea derecho bajo la figura de la favorabilidad, esto es, una tercera ley, ante la inexistencia de norma expresa; figura reconocida doctrinaria¹³⁹ y jurisprudencialmente con la denominación de “*lex tertia*, conjugación, conjunción o combinación de disposiciones”¹⁴⁰. Pese a las controversias que genera la figura, no solo por el desbordamiento de facultades jurisdiccionales al ámbito legislativo, sino también porque su uso se refiere a la aplicación de la norma más favorable de manera íntegra entre las que coexistan, su empleo tampoco queda librado al azar, a la voluntad de las partes o del fallador, pues solo será aplicable cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídico, así se entienda que existe una relación implícita con otras normas¹⁴¹.

136 Ob. cit., Sentencia T-107 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro.

137 Ob. cit., Sentencias C-592 de 2005, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro, y C-801 del mismo año, MP. CORDOBA TRIVIÑO, Jaime.

138 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Auto 23910 del 19 de julio de 2005, Criterio ratificado en autos 19094 y 23567, del 4 de mayo de 2005.

139 CARRASQUILLA, Juan Fernández. Derecho Penal fundamental, tomo I, tercera edición, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 267. “Una disposición judicial no contenida en ninguna de las leyes, apoyada en disposiciones parciales o mutiladas de dos o más leyes penales...”

140 Ob. cit., Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de octubre de 2004, M.P: PINZON Pérez, Álvaro Orlando. “[El instituto, también conocido como] conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, tiene cabida en nuestro medio, razón por la cual frente a la sucesión de leyes en el tiempo es posible tomar de una norma lo favorable y desechar lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable”.

141 GÓMEZ, Olaya; NATHALY, Yuli. El fenómeno de la *lex tertia*, problemas de aplicación en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Colecciones Los libertadores Fundación Universitaria, 2016, p. 38-64. Véase también COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de diciembre de 2015, MP. BARCELÓ CAMACHO, José Luis. En esa ocasión la Corte recordó que, “ante una sucesión de leyes, la atención

Finalmente, tratándose de conflictos normativos entre la Constitución y las normas de carácter internacional, la Corte Constitucional ha decantado que se encuentran regidos por normas internacionales y constitucionales. Mientras que las primeras consagran “la vida y los efectos de los tratados”, las segundas regulan su eficacia interna, “las competencias orgánicas y los procedimientos institucionales por medio de los cuales el país adquiere los compromisos internacionales”; en este sentido, precisó que la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales regula en lo fundamental el derecho internacional de los tratados”, sin que ello signifique que en el plano interno su articulado prevalezca sobre las normas constitucionales específicas, en razón a que la Constitución es norma de normas, imponiéndose entonces armonizar dichas normas con la Constitución¹⁴².

No obstante, cuando el Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma de carácter constitucional, el presidente de la República y el Congreso tienen la obligación de modificar el orden interno con el objeto de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado o, en su defecto, sus compromisos internacionales para, en el mismo sentido, no comprometer su responsabilidad constitucional. Lo anterior, en virtud del “monismo moderado”, porque si bien es cierto que en nuestro caso la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales¹⁴³, también reconoce el principio de *pacta sunt servanda*, según el cual el derecho constitucional precede al orden internacional, y los tratados tienen el valor que la Constitución les asigne¹⁴⁴.

Esto es que “para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado”¹⁴⁵.

al principio de favorabilidad comporta[...] la atención integral de la previsión más benéfica a los intereses del procesado, sin que pueda fraccionar las disposiciones en tránsito y tomar, de cada una, la parte que solo ofrece ventajas, porque sería tanto como hacer valer una norma inexistente en el ordenamiento jurídico e invadir la propia esfera del legislador”.

142 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1998, MP. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

143 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 93.

144 *Ibid.*, artículo 9º.

145 PRADA, María Angélica. La integración del derecho internacional en el sistema colombiano. En: Universidad de los Andes, Protección Multinivel de Derechos Humanos, No 14, 2008, p. 365-391.

1.2.3 Incompatibilidad entre proposiciones que describen principios

Cuando la discusión se origina por la incompatibilidad entre dos o más proposiciones que describan principios, entendidos como “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible”, siguiendo al profesor Alexy, se presenta el fenómeno de la colisión, el cual puede solucionarse a través de varios procedimientos, dentro de los cuales propone el sistema de condiciones de prioridad, las estructuras de la ponderación y el sistema de prioridades *prima facie*¹⁴⁶.

En el primer evento *-sistema de condiciones de prioridad-*, se parte de que los derechos humanos tienen una doble dimensión, la real y la moral: la primera se da al momento de su positivización, mientras que la segunda existe independientemente de la primera. Es decir que a partir de la positivización de los derechos humanos se articulan las dos dimensiones, y su importancia se deriva porque son considerados la base del ordenamiento jurídico en la sociedad; de ahí que se les atribuya un carácter moral, universal, fundamental, abstracto y de prioridad sobre los demás tipos de derechos. Bajo este contexto, al positivarlos se les dotó de una naturaleza institucional para lograr su mayor protección, razón por la cual se justifica el amparo de la protección a partir de razones morales a través de la teoría del discurso¹⁴⁷.

Lo anterior quiere decir que frente a un caso concreto se establecen las condiciones de prioridad útiles para la decisión de casos nuevos, toda vez que estas suministran información sobre el peso de los principios, a través de la ley de la colisión, según la cual “las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente¹⁴⁸”. En otras palabras, “[...] al establecer una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, según las circunstancias del

146 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza Ed. En: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5. – Universidad de Alicante, 1988, p. 146-148.

147 Especiales / Obras del Pensamiento Jurídico, ANÁLISIS DE ‘TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DE ROBERT ALEXY, GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. DEPARTAMENTO DE GOBIERNO Y CIENCIAS POLÍTICAS, UNIVERSIDAD EAFIT (CON LA COLABORACIÓN DE ROBERT ALEXY), RECUPERADO DE [HTTPS://WWW.AMBITO-JURIDICO.COM/BANCOCONOCIMIENTO/ADMINISTRATIVO-Y-CONTRATACION/ANALISIS-DE-TEORIA-DE-LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-DE-ROBERT-ALEXY](https://www.ambito-juridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexey), EL 13 DE MAYO DE 2018.

148 ALEXY, Ob. Cit. 1993, p. 94.

caso”, se derivan las condiciones de prioridad que llevan consigo la aplicación de la consecuencia jurídica del principio que prevalece¹⁴⁹.

A título de ejemplo, sería el caso de la información reiterada por los medios de comunicación de una conducta punible, verbigracia, de un homicidio, que ya no está amparada bajo el interés informativo actual, emitido antes de purgar la pena. En este caso, luego de establecer la tensión entre la protección a la personalidad y la libertad de información, establece si la prioridad de la información emitida sobre el derecho a la personalidad es actual, para luego decidir si la información difundida está amparada por el interés informativo sobre la conducta punible, lo cual pone en peligro la personalidad y la resocialización del autor para prohibir la emisión de esa información¹⁵⁰. En el anterior ejercicio, Alexy genera las situaciones bajo las cuales un precepto prevalece sobre el otro, así como la hipótesis de una pauta que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente, pero ante la existencia de variables que presenten nuevos casos, la teoría resulta insegura, aunque abre la posibilidad de un procedimiento argumentativo que no se daría sin ella.

El segundo evento *-la teoría de la ponderación-* la expresa bajo la siguiente fórmula: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro¹⁵¹”. De ahí que se diga que mientras la pugna entre *reglas* se desarrolla en la esfera de la validez, la colisión de *principios* se ubica en la dimensión del peso¹⁵². En otras palabras, cuando dos principios se enfrentan, a través de esta teoría, bajo ciertas circunstancias, uno de los dos debe desistir, “sin que esto signifique declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”, pues en otra eventualidad, el caso podría ser resuelto de modo inverso¹⁵³.

149 PAVLOVICH JIMÉNEZ, Gretty del Carmen. Concepciones del sistema jurídico. En: Justicia Juris, Vol. 8, octubre 2007-marzo 2009, p. 15.

150 ALEXY, Ob. Cit. 1993, p. 95.

151 *Ibid.*,

152 DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel S.A., 2002, p. 310-311.

153 El ejemplo de la niña que padece una grave enfermedad, pero sus padres evangélicos niegan autorizar la transfusión de sangre, necesaria para salvarle la vida. En este caso, a través de la ponderación se pretende resolver la colisión o razones que jueguen en sentidos contrarios, la libertad de culto versus el derecho a la vida.

Llama la atención en este punto la aplicación del principio constitucional de oportunidad¹⁵⁴, por medio del cual autoriza a la Fiscalía a renunciar al ejercicio de la acción, frente a la obligación de investigar los hechos que revistan las características de un delito, así como de perseguir y acusar a los presuntos responsables, hecho que genera múltiples interrogantes ante la tensión de no adelantar la investigación y el juzgamiento “con observancia de las formas propias de cada juicio¹⁵⁵”, pues queda la sensación de impunidad ante la comunidad al no dar estricto cumplimiento a la legalidad.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido predicando lo contrario, al sostener que la aplicación del principio exige un mínimo de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta a partir de la existencia de elementos de juicio, con el fin de que no solo el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al mismo, sino de que el juez de control se pronuncie sobre esa determinación¹⁵⁶. Esto es que pese a la obligación constitucional de investigar, perseguir y acusar las conductas punibles, el principio de oportunidad hoy en día se erige como instituto a través del cual el ente investigador está facultado para aplicar la política criminal del Estado con el fin de solucionar los conflictos puestos en conocimiento y evitar la sensación de impunidad ante la comunidad, al no dar estricto cumplimiento a la legalidad, porque a través de ella se garantizan los derechos de los intervinientes en el proceso y en la resolución de los conflictos. Con esto, además, en la ejecución de la política criminal también se administra justicia “de una manera más flexible, adecuada, razonable y socialmente útil en un caso concreto¹⁵⁷”.

154 Ob. Cit. Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 250, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

155 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Artículo 6.

156 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-936 de 2010. MP. VARGAS SILVA Luis Ernesto.

157 GARCÍA, Daniel Medina; SAFFON, Sylvana Peña; SALAZAR, Cesar Ramírez. Propuestas y opiniones en torno de un principio de oportunidad para Colombia. En: Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado, vol. 37, 2016, p. 109.

Dicho de otra manera, si bien el artículo 230 del Constitución Política enseña que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley, los principios se aplican por vía de ponderación, al ser “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible”¹⁵⁸. Lo anterior encuentra plena armonía con los criterios moduladores de la actividad procesal penal, entre otros, la ponderación y la legalidad, “para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”¹⁵⁹.

Esta dimensión que configura el núcleo de la ponderación forma parte del principio de proporcionalidad, el cual está comprendido a su vez por tres subprincipios, el de *adecuación*, según el cual el sacrificio al ejercicio de un derecho debe ser adecuado para preservar otro derecho; el de *necesidad*, donde el padecimiento impuesto debe ser necesario para preservar otro derecho, y el de *proporcionalidad*¹⁶⁰, donde la ley del balance indica que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción de otro”¹⁶¹.

Bajo estos supuestos, el ejercicio de la ponderación lo divide en tres etapas: en la *primera*, establece el grado de no satisfacción del principio; en la *segunda*, se ordena el grado de satisfacción del principio en pugna respecto del primero; y en la *tercera* se evalúa la importancia de la satisfacción del segundo frente al primero, para lo cual divide el grado de no satisfacción en tres escalas: *leve*, *medio* y *grave*, de donde se concluye, en el mismo sentido, que las vulneraciones leves ceden a la media y grave, y las medias, a la grave¹⁶². Sobre este aspecto, Alexy defiende dos posiciones, una en su obra titulada la *Teoría de los derechos fundamentales*, y otra, quince años después, en el *Epílogo* de su creencia, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos¹⁶³. Mientras que en la primera sostiene la “existencia

158 ESTRADA VELEZ, Sergio, “Los principios jurídicos en Colombia”. En: Diálogos de saberes, Universidad Libre, 2010, no 32, p. 159-171. En esta posición Estrada vincula autores como ALEXY en “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 86; BERNAL PULIDO, en “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, y Teoría del neoconstitucionalismo. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, p. 324. y ZAGREBELSKY. El derecho dúctil. Trad. Marina Gascón Abellán, 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 110.

159 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 27.

160 ALEXY, Ob. Cit., 1993, p. 112.

161 ALEXY Robert. “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, En: Ratio Juris, Reino Unido: An international journal of jurisprudence and philosophy of law, Vol. 16, No. 2, 2003, p. 131-140.

162 ALEXY, Ob. Cit. 1993, p. 86 y 87.

163 BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 2003, p. 688-795. En sentir del profesor Ber-

de una carga argumentativa a favor de la libertad y la igualdad jurídica”, lo cual permitiría colegir que ningún principio opuesto a ellas “podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor razones más fuertes”, en la segunda se inclinó “a favor de una carga argumentativa diferente: la ley y el principio democrático”¹⁶⁴. Bajo esta nueva orientación, en caso de igualdad, la determinación ya no juega “a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del parlamento”¹⁶⁵.

En síntesis, pese a la existencia de las dos posturas respecto del manejo del elemento de la carga argumentativa, ambas se valoran en el ámbito de la ponderación, “en algunos casos de empate a favor de lo determinado por el legislador, y en otros, de los principios de libertad y la igualdad jurídica”. Lo cierto es que no existe un criterio objetivo para determinar el “grado de afectación de los principios en el caso concreto, o su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas”, en razón a que, sobre la argumentación (el *in dubio pro libertate* y el *in dubio pro legislatore*), el intérprete goza de un amplio margen de subjetividad. De esta manera, la ponderación no es un procedimiento matemático que garantice una única respuesta correcta en todos los casos, como el silogismo, el cual no garantiza la verdad de las premisas, pero no por ello le merma su valor metodológico, o deja de ser útil.

Siguiendo los lineamientos doctrinales de Alexy¹⁶⁶, continuados por Bernal, la ponderación es un procedimiento por medio del cual se “estudia la forma en que se aplican las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización”, también llamados principios jurídicos, que sirve para “establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso particular”¹⁶⁷.

nal, “el sub-principio de idoneidad [conocido] también con el nombre de sub-principio de adecuación [...], toda intervención de los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo [...]; el sub-principio de necesidad [refiere] que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; [...] y conforme al de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención del derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa [...], con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este.”

164 ALEXY, Ob. Cit., 1993, p. 86, 87, 94.

165 Ibid.,

166 ALEXY, Ob. Cit., 1993, p. 86-87.

167 BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Límites de la Ponderación. En: Ed. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 26. – Universidad de Alicante, DOXA 2003, p. 5-33.

En sede de revisión, la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela donde se enfrentaron los derechos a la vida, la libertad y el trabajo con el de la libre empresa, en un caso de venta de licores al lado de una gasolinera, sostuvo que, mediante la ponderación, “se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados”, los cuales deben ser interpretados a la luz del principio de la unidad constitucional, según el cual la Constitución debe verse como un todo armónico y coherente, y el de armonización concreta, que busca que la efectividad de un derecho no se haga mediante el sacrificio o restricción de otro¹⁶⁸. Por esa razón, las colisiones no pueden ser resueltas de manera superficial sobre uno de los bienes jurídicos en conflicto, sino que se requiere “tener cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender [por] su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario para realizar cualquier proceso de jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra, lo cual se logra mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad”¹⁶⁹.

En otra oportunidad, la Corporación, frente a la obligatoriedad del servicio militar obligatorio, sostuvo que “el concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales, cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, y corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada a la luz de la importancia del principio afectado, [la cual] está comprendida por tres principios: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin) y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”¹⁷⁰. Condensando la idea, estos principios implican juicios racionales: primero, de intensidad, luego, de importancia, y de manera consecuente, de relación entre los dos.

Finalmente, para solucionar la tensión entre los derechos constitucionales, en el *sistema de prioridades prima facie*, primero se determina su contenido definitivo vinculante para el legislador y los particulares, y el resultado de la aplica-

168 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-425 de 1995. MP. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

169 Ibid.,

170 Ob. Cit., Sentencia C-022 de 1996, MP. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

ción del derecho será la formulación y fundamentación de una regla que resulta definitiva para el caso; de ahí se deriva la conexión entre la ponderación y la razón vinculante del precedente. En otras palabras, se establecen cargas argumentativas que le dan cierta prioridad en favor del principio que pugna en sentido inverso, generando un cierto orden entre ellos, pero, como lo señala Arango, estas solo conducen “a una estructuración de la argumentación apoyada en principios, pero no de un orden duro que establezca para cada caso concluyentemente un único resultado. Queda solo la posibilidad de un orden a través de relaciones concretas de prioridad que exprese el peso relativo de los principios en determinados casos o grupos de casos”¹⁷¹.

En punto de discusión, resulta interesante la propuesta expuesta por Moreso¹⁷², quien, tomando como base el caso de la revista satírica Titanic usado por Alexy¹⁷³, defiende la existencia de los principios, pero con ámbitos determinados y no volátiles, para poder prever lo que decidirán los tribunales. Es decir, Moreso intenta pasar de la ponderación a la subsunción, bajo el siguiente sistema: 1. Delimitar el problema normativo dentro del sistema jurídico y el universo jurídico (en el caso propuesto, serían las acciones de información en los medios de comunicación que afecten a las personas). 2. Identificar los principios aplicables a ese ámbito de acción (libertad de expresión e información y derecho al honor). 3. Considerar determinados “casos paradigmáticos, reales o hipotéticos” del ámbito normativo previamente seleccionados de la primera etapa (publicar la noticia falsa, sin comprobación de su veracidad). 4. Establecer las propiedades relevantes del universo jurídico, necesarias para determinar las soluciones normativas (en el ejemplo, sería que la noticia sea veraz y no injuriosa). 5. Formular reglas que resuelvan de manera unívoca todos los casos del universo jurídico (las informaciones de relevancia pública, veraz y no injuriosa están permitidas; las informaciones que no son de relevancia pública, o que son injuriosas o carentes de veracidad están prohibidas, y en el caso de que se produzcan, se genera el derecho

171 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Siglo del Hombre, Editores, 1999, p. 74.

172 MORESO JOSÉ Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, editor Miguel Carbonell, 2008, p. 69-83.

173 ALEXY, Robert. La fórmula del peso. 1ª Edición. Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, editor Miguel Carbonell, 2008, p. 19.

a ser indemnizado), las cuales permiten articulaciones y aplicaciones a casos individuales, sin que ello quiera decir que se pretenda resolver todos los casos.

Aunque el autor acepta que esta propuesta no está en capacidad de resolver todos los casos individuales (porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán dudas), valga resaltar que sí limita el campo de acción (porque en el caso propuesto bastaría preguntarse si determinada expresión es injuriosa, no cuestionar el grado de interferencia de la expresión en la libertad de información), dejando de lado la ponderación en abstracto. Además, porque una propiedad diferente haría que cada caso tuviera una solución distinta, lo cual hace que el modelo propuesto por Alexy sea particularista, mientras que el propuesto por Moreso sea generalista, apto para resolver todos los casos previamente delimitados¹⁷⁴.

Como se advierte, pese a la existencia de las condiciones de prioridad (las estructuras de la ponderación, del sistema de prioridades *prima facie* y la expresada por Moreso), ninguna genera una teoría que determine una solución precisa para cada caso, pero en lo que sí coinciden es que, tanto para la solución de conflictos entre reglas como de colisión entre principios, es posible esgrimir soluciones racionalmente fundamentadas.

Corolario de lo anterior, es innegable la existencia de variables para la solución de casos; en el mismo sentido, y pese a las alternativas racionales, el valor otorgado al peso es metafórico; la subjetividad del juez se encuentra enmarcada por su ideología, a pesar de que utiliza procedimientos claros¹⁷⁵.

El cuadro 4 sintetiza los esfuerzos de la ley, la jurisprudencia y la doctrina en la búsqueda de soluciones consideradas correctas y justas para el derecho: la primera, al expresar reglas inamovibles; la segunda, porque al tratar de armonizar los problemas derivados del tránsito legislativo, crea nuevas reglas de derecho; y la tercera, al construir hipótesis de aplicación ideal bajo ciertos supuestos que le dan validez y eficacia a los principios, valores y reglas sobre las cuales se sustentan.

174 MORESO, José Juan. Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. Universitat Pompeu Fabra España, En: Arbor Ciencia y Pensamiento y Cultura, CLXXXVI 745, septiembre-octubre 2010, p. 821-832.

175 BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: Revista Española de Derecho Constitucional, No. 77, mayo-agosto 2006, p. 51-75.

Cuadro 4. Soluciones consideradas correctas y justas para el derecho

Conflicto	<ul style="list-style-type: none"> • La ley superior invalida la inferior. • La ley especial deja sin vigor la general – abroga. • La ley posterior excluye la anterior. • <i>Lex tertia</i>. 	
Colisión de principios	Condiciones de prioridad	<p>Se establecen los supuestos bajo los cuales un principio prevalece sobre el otro, así como el supuesto hipotético de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.</p> <p>Crítica: Ante la existencia de variables que presenten nuevos casos resulta insegura, pero abre la posibilidad a un procedimiento argumentativo útil para la decisión de casos nuevos.</p>
	Estructuras de la ponderación	<p>Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro; luego, cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos tiene que ceder ante el otro “sin que esto signifique declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”.</p> <p>No obstante, en eventos distintos puede ser solucionado de manera diversa, razón por la cual el enfrentamiento de normas se desarrolla en el ámbito de la validez, mientras que los de la colisión de los principios se ubican en la dimensión del peso.</p> <p>Crítica: No existe un criterio objetivo para establecer la perturbación de los principios, ni su valor y/o seguridad de sus postulados, en razón a que, sobre la argumentación (<i>el in dubio pro libertate</i> y <i>el in dubio pro legislatore</i>), le deparan al intérprete un margen de subjetividad, y la ponderación no es un procedimiento matemático que garantice una única respuesta correcta en todos los casos.</p>
		<p>Principios: Implican juicios racionales de intensidad, importancia y relación entre los dos.</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Adecuación: El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho debe ser adecuado para preservar otro derecho. (2) Necesidad: El sacrificio impuesto debe ser necesario para preservar otro derecho. (3) Proporcionalidad: Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción de otro (<i>Ley del balance</i>).
		<p>Etapas:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Establecer el grado de no satisfacción del principio. (2) Establecer el grado de satisfacción del principio en pugna respecto del primero y (3) Evaluar la importancia de la satisfacción del segundo, frente al primero -leve, medio y grave- (las vulneraciones leves ceden a la media y grave, y las medias a la grave).

	Prioridades prima facie	Las cargas de la argumentación dan prioridad en favor del principio que juega en sentido contrario generando un cierto orden entre ellos.
	De la ponderación a la subsunción	(1) Delimitar el problema normativo. (2) Identificar los principios aplicables. (3) Determinar “casos paradigmáticos, reales o hipotéticos” del ámbito normativo previamente seleccionados. (4) Establecer las propiedades necesarias para determinar las soluciones normativas. (5) Formular reglas que resuelvan de manera unívoca todos los casos del universo jurídico (las cuales permiten aplicaciones a casos individuales, sin que ello quiera decir que se pretenda resolver todos los casos).

Fuente: construcción propia.

1.3. Entre la validez y la eficacia de las garantías procesales

De lo anterior se infiere que el sistema de garantías procesales, junto con la ley y la jurisprudencia, seguirá siendo el arquetipo imprescindible para dar respuestas consideradas acertadas y justas para el derecho, razón por la cual la jurisdicción como principio se orienta al consenso ético sobre los procedimientos de verificación de la responsabilidad. De acuerdo con esta perspectiva, los conflictos se desplazan hacia un tercero institucionalizado que los resolverá con independencia e imparcialidad, y que decidirá acerca de la responsabilidad del encartado, en un ambiente de actividad probatoria empírica y contradictoria¹⁷⁶, donde el criterio de verdad se ajustará a lo “realizado o sucedido”¹⁷⁷.

En este sentido, los principios le imprimen al Estado unos atributos particulares que legitiman su actividad, porque sirven de control a la actividad jurisdiccional en el proceso de verificación, a través del cual se materializan las garantías que condicionan la averiguación de la “verdad” al hacerla una tarea reglada y no dejada al arbitrio del funcionario¹⁷⁸.

176 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.154.

177 Citado por GARCIA-PABLOS, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal, Volumen I, 5ª edición, Madrid: Editorial Universitaria, Ramón Aceres Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2012, p. 497.

178 GASCÓN, Marina. Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 125-126.

Bajo esos supuestos, para la demostración de los hechos, el proceso penal sigue el método científico, porque las hipótesis propuestas serán objeto de comprobación a través de la contradicción y la actividad probatoria, y las garantías procesales probatorias se erigen como fuente de interpretación al contener puntos de referencia y deberes específicos, los cuales, junto con las normas sustantivas, determinan la solución de los casos sometidos a estudio.

De otra parte, la Constitución Política colombiana¹⁷⁹ nos enseña que: “[...] la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la [Carta] y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos...”, situación que ha llevado a usar como sinónimos los derechos fundamentales, las disposiciones generales, los principios, las garantías, o normas rectoras.

Sobre el tema se precisa que los derechos se diferencian de las garantías, en razón a que los primeros son de contenido sustantivo, mientras que las segundas son el instrumento procesal para hacer efectivos aquellos, es decir, tienden a reparar el derecho cuando ha acontecido su afectación, el cual es un “modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos”¹⁸⁰. Quiere decir lo anterior que, según el tipo de derechos de cuya protección se trate, se establecen garantías de diversos tipos, las cuales corresponden a técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción.

Por ejemplo, en materia penal sustancial, estas gravitan sobre el principio de legalidad estricta, mientras que, en material procesal, giran en torno a la “contradicción, la igualdad de partes, la división entre acusador y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural”. De esta manera, “[...] las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a [...] reducir al máximo sus márgenes de arbitrio”¹⁸¹.

179 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 94.

180 TORRES ÁVILA, Jheison. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. En: Revista de Derecho, No 47, 2017, p. 138-166.

181 FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Garantismo y Derecho Penal. Trad. Marina Gascón Abellán. Bogotá: Temis, 2006, p. 3. “Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales: desde el Principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción

Consecuente con lo anterior, las diferentes tensiones entre las posturas ideológicas tienen en común la pretensión de organización y aceptación de aquellas normas consideradas fundantes para la sociedad, y en este sentido, las corrientes formales pretenden resolver los problemas jurídicos a través de procesos de decisión racional, derivados de normas y conceptos jurídicos, donde a través de silogismos se derivan inferencias lógico-deductivas *a priori*, las cuales van a servir *a posteriori* como premisas para ser aceptadas por el juez a manera de subsunción, pues, a través de ellas, y ante la presunta perfección del ordenamiento jurídico, se predica la existencia de soluciones consideradas correctas, lo que en la mayoría de ocasiones convierte al operador jurídico en mecánico del derecho, librándolo de responsabilidad, en razón a que la literalidad se encuentra por encima de la voluntad del juez.

A su turno, como lo previenen las teorías anti formales, el derecho no se puede entender únicamente como norma, porque se compone de otras realidades, como hechos, valores y sistemas de interpretación, las cuales complementan y explican el fenómeno jurídico, además del desarrollo de otras ciencias que la integran como la sociología, la filosofía y la epistemología.

En esa vía, las citadas corrientes aparecen como alternativa de corrección para la solución de casos, ofreciendo un conjunto de reglas y criterios argumentativos diferentes, cuya función es la de orientar la aplicación de las normas y justificar las decisiones desde el criterio de la razón, en contra de las decisiones sujetas al arbitrio y la voluntad del juez. Bajo esa concepción, se parte de la sociedad hacia la norma, teniendo en cuenta el trasfondo político, religioso e ideológico, así como su contexto de validez, en busca de la eficacia normativa, mediante la observación de los procedimientos en la creación de decisiones judiciales.

Desde esta perspectiva, lo que importa son los argumentos que se ofrecen para respaldar las decisiones, donde las explicaciones psicológicas, sociológicas, antropológicas y morales de la conducta juegan un papel importante frente a la elaboración de las hipótesis y la elección de cuál es la más plausible, a diferencia de las posiciones formalistas, cuya mirada se limita al contexto de validez de las decisiones, al centrarse únicamente en la lógica formal como dimensión técnica.

de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio”.

Así las cosas, independientemente de la teoría desde la cual se aborde, la vaguedad del lenguaje genera un escepticismo normativo que impide alcanzar la certeza sobre la existencia de los hechos, razón por la cual el proceso judicial es un reto, pues la mayoría de las veces la reconstrucción fáctica se hace sobre la base de la prueba testimonial, la cual de por sí es sospechosa.

Al llegar a este punto, resulta interesante la postura de Salas, quien sostiene que “el problema tampoco reside en las normas o en los hechos, sino en las personas, porque toda la construcción teórica científico-racional se encuentra supeditada a la conducta humana que le da origen, por lo que propone el análisis “desde lo que se dice y se hace”¹⁸². Ante este panorama, la discusión entre las principales corrientes del pensamiento en torno a cuál debe ser el criterio que debe imperar para la aplicación del derecho sigue vigente, al mezclarse aspectos de validez y eficacia, lo cual conlleva a la permanente tensión en torno al sentido de la función jurisdiccional en momentos en que se pretende otorgarle al juez la actividad creadora de normas en la resolución de conflictos sociales.

Por ese motivo, y al descender al problema formulado, de manera concreta, si el Estado colombiano desconoce las premisas sobre los cuales se edifica la presunción de inocencia, se advierte que es una cuestión compleja que involucra no solo los aspectos normativos y fácticos, sino múltiples factores para dar respuesta al planteamiento en términos de validez y eficacia, pero, dada la variedad de enfoques extralegales a los que debe acudir el fallador, se anticipa la existencia de múltiples soluciones, las cuales se irán decantando a lo largo de la presente obra, siendo la Constitución y los acuerdos internacionales que versen sobre derechos humanos los primeros referentes sobre las demás disposiciones.

En este sentido, como la Constitución es un instrumento que va más allá de lo previsto en su tenor literal, los principios y valores juegan un papel importante en la hermenéutica jurídica, postura que en ocasiones no es de total acogida por las teorías formalistas, porque pese a que la ponderación se sustenta en la racionalidad del juez, puede conducir a la pérdida de validez de las garantías fundamentales al convertirlo en creador de normas bajo el sofisma de la optimización. Un claro ejemplo es el objeto nuestra investigación, donde pese a la claridad

182 SALAS, Minor E. Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. En: *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 27, 2007, p. 111-142.

semántica de las premisas que desarrollan la garantía universal, la interpretación jurisprudencial contraría sus postulados.

Además, porque no existe control sobre la manera de creación, modificación o derogación, y mucho menos, sobre la forma lógica del razonamiento. Ello, sin tener en cuenta la polisemia de los términos “principios y valores”, y los derivados de las nuevas reglas. Pero como es la misma norma rectora del procedimiento penal la que obliga adherirse a los “criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”¹⁸³, en ocasiones resulta inevitable el activismo judicial, entendido como una herramienta del juez que limita los poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales¹⁸⁴. Por esa razón, en aras de disminuir la subjetividad a la hora de definir los hechos, se sugiere armonizar los sistemas propuestos para solucionar los conflictos normativos y la colisión de principios, prefiriendo siempre las garantías procesales al momento de priorizar un derecho sobre otro.

Consecuente con lo anterior, frente a la pregunta: ¿existen soluciones correctas y justas para el derecho?, se responde que es un reto para todos los intervinientes del proceso penal hacer posible su efectividad y promulgación, en aras de fortalecer las garantías universales de la inocencia y la defensa; por ende, dependiendo de la concepción ideológica desde donde se apoye, las respuestas a las preguntas formuladas serán acertadas.

183 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 27.

184 MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. Tla-Melaua. En: Revista de Ciencias Sociales. Universidad Autónoma de Puebla, México, Año 6 No 32, Abril – Septiembre 2012, p. 46-83.

2.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Esclarecido que el sistema de garantías procesales constituye el arquetipo sobre el cual se edifican las respuestas consideradas correctas y justas para el derecho, y que según la concepción ideológica desde donde se apoye el jurista, las respuestas a las preguntas formuladas serán acertadas, ahora surge el siguiente interrogante: ¿el Estado colombiano vulnera la presunción de inocencia al imponer en contra del reo una medida cautelar (detención preventiva) mientras se decide de manera definitiva sobre su responsabilidad?

Para dar respuesta al interrogante, en el presente capítulo se determina si la presunción es una ficción legal o si, por el contrario, es un medio de conocimiento. Desde este punto se estudia el estado actual de la presunción de inocencia en el contexto universal; se evidencia el trato al reo en el proceso penal; se demuestra la innecesaridad de la restricción de la movilidad a partir de la aplicación del test de proporcionalidad, y se precisa la responsabilidad del Estado derivada del trato al reo. Lo anterior para evidenciar que, bajo el supuesto de la racionalidad, la interpretación efectuada en torno a la inocencia como presunción, conlleva a la imprecisión conceptual, afectando de manera sensible la garantía universal.

2.1. Presunción: ¿ficción legal o medio de conocimiento?

Desde el punto de vista doctrinal se ha debatido si la presunción constituye medio de prueba o si, por el contrario, es una exención de esta. En efecto, autores

como Gorphe¹⁸⁵, Guasp¹⁸⁶, Rocco¹⁸⁷ y Framarino de Malatesta¹⁸⁸ afirman que las presunciones son medios de prueba porque se parte de un hecho para llegar al convencimiento de otro a través de la razón, porque el hecho base, también llamado indiciario, se conecta de manera lógica con la existencia del dato que se quiere probar. Igualmente, los autores coinciden en afirmar que, si la inferencia es realizada por el tribunal, se denomina *hóminis*, pero si es efectuada por el legislador, se denomina *iuris*. En todo caso, sirve para desplazar la carga de la prueba. Pero autores como Parra y Chiesa sostienen lo contrario, bajo el entendido de que una de las funciones de las presunciones es eximir de prueba a quienes están cobijado con ellas, dándose por sentado la existencia de otro hecho a través de un razonamiento lógico, que cuando lo hace el legislador, se conoce como legal, pero cuando lo hace el hombre, es judicial, y sirve para la valoración de las pruebas.

De acuerdo con la última postura, Parra refiere que el vocablo “presumir” significa tomar antes, anticipar, prever, conjeturar, prejuicio sin prueba, razón por la cual constituye una ficción que da por demostrado un hecho, y en materia judicial, releva a quien está cobijado con ella de aportar los medios probatorios¹⁸⁹. Las presunciones, a su vez, pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En las primeras, la parte contra la cual se invoca la presunción debe aportar la evidencia tendiente a desvirtuar la existencia de los hechos básicos de los que depende la presunción, o en su defecto, ofrecer la evidencia tendiente a desvirtuar el hecho a presumir, mientras que, en las segundas, la ley da por sentado la existencia de otro hecho; por ende, la parte contra la cual se invoca queda impedida para aportar la evidencia tendiente a desvirtuar la existencia del hecho presumido¹⁹⁰.

En este último caso, se trata de una concepción lógico-formal, rezago de la época inquisitiva, donde se le otorga plena confianza al legislador y a sus conceptos, y el juez actúa como un mecánico del derecho. Esta concepción, valga decirlo,

185 GORPHE, François. De la apreciación de las pruebas. Bogotá: Editorial Temis, 1989, p. 203.

186 GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Tercera edición, Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 414-415.

187 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho procesal civil. Temis, Bogotá: De palma, Buenos Aires, 1972, Volumen III, p. 119.

188 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nigolas. Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá: Editorial Temis, 1973, p.337.

189 PARRA QUIJANO, Jairo. Reflexiones sobre presunciones. Bogotá: Revista del Instituto Colombiano Derecho Procesal, Volumen 8, No. 8, 1989, p. 1.

190 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimoquinta edición. Bogotá: librería ediciones del profesional limitada, 2006, p. 715.

se ha venido recogiendo de la legislación, en razón a que la realidad demuestra lo contrario¹⁹¹.

En materia penal, no tienen cabida para exonerar al Estado de demostrar algún hecho, por el contrario, es el encargado, *prima facie*, de derrumbar esa presunción que se eleva en favor del sospechoso, constituyéndose en la esencia del proceso; además, quien goce de la presunción, se ubica en una posición privilegiada frente a los demás, porque se es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Pero ello no siempre ha sido así, porque al retroceder en el tiempo los seguidores de la escuela positiva italiana de mediados del siglo XIX estaban en contra de esa postura¹⁹², y fue a partir de la posguerra, como reacción a los horrores de esta, cuando el ser humano fue reconocido como un ser digno de protección. Por esa razón, para limitar los excesos del Estado, la presunción de inocencia se erigió como derecho fundamental objeto de consagración que debe reconocerse y exigirse en todos los procesos, especialmente, en los de carácter penal¹⁹³.

En este sentido, Beccaria¹⁹⁴ criticó en el año de 1764 la falta de garantías del proceso inquisitivo, donde el acusado era tratado como culpable desde el primer

191 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-004 de 1998, MP. ARANGO MEJÍA Jorge, “La finalidad de la presunción de existencia de las personas que trae el artículo 92 de Código Civil tiene con fin permitir que se pruebe o descarte la filiación, porque la calidad de hijo es parte de su estado civil y determina sus derechos y obligaciones”.

192 Los seguidores de la Escuela Positiva Italiana no estaban a favor de la presunción de inocencia. En este sentido, Garofalo sostenía que “es la misma ley la que se encarga de hacer difícil las reglas de la instrucción criminal y de los juicios” (GAROFALO, Raffaele. La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, La España Moderna, Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia, 1887, p. 314); mientras que Ferri, señalaba que “existe una ley de saturación criminal, en virtud de la que el medio físico y social, combinado con las tendencias hereditarias adquiridas y los impulsos ocasionales, determinan un contingente de malas acciones”. (FERRI, Enrico; DE ALBA, Primitivo González; y HERNÁNDEZ, Antonio Soto. Sociología criminal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2004, p. 543); y Manzini refería que se debe constituir una presunción de culpabilidad, si desde la imputación se tienen suficientes indicios de delincuencia. (MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Traducción de MELENDO, Santiago Sentís y AYERRA REDÍN, Marino. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa- América, 1949, p. 253). En este sentido también se puede consultar a FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trota S.A. España, Madrid 1995. p. 555. y VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 3° Edición. Editorial Marcos Lerner. Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 37.

193 SUÑEZ TEJERA, Youranis. La presunción de inocencia y la carga de la prueba. Publicación digital 2012. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/yst3.html>, el 22 de agosto de 2013.

194 BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, p. 87. *En su obra extrajo un teorema, dirigido al legislador, según el cual “toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser públi-

momento, debiendo probar su inocencia¹⁹⁵. Por su parte, Carrara es recordado por ser la persona que elevó la presunción de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y presupuesto de las demás garantías del proceso. En particular, sostenía que la metafísica del derecho penal está destinada a proteger a los culpables de los excesos de la autoridad y que su misión es la de proteger a los ciudadanos inocentes contra los abusos y los errores de la autoridad¹⁹⁶.

Bajo las anteriores premisas, si la presunción es un juicio lógico en virtud del cual se da por probado un hecho, se colige entonces que es una guía de valoración probatoria en virtud de la cual, y por expresa disposición, es al Estado, a través de la Fiscalía, a quien le corresponde la carga de la prueba de demostrar la materialidad y responsabilidad del acusado, con los elementos materiales y personales recaudados, constituyéndose en una presunción *iuris tantum*, con la advertencia de que es un derecho fundamental frente a los abusos del poder.

Por lo tanto, la presunción de inocencia se mantiene mientras no exista decisión judicial que indique lo contrario, en razón a que es considerada como un derecho constitucional absoluto que solo se desvirtúa con la sentencia de responsabilidad penal en firme¹⁹⁷. Por ese motivo, si a través de la jurisdicción se despliegan las labores tendientes a lograr el elemento de la comisión del hecho, hasta que este no se lleve a cabo con respeto del procedimiento y quede en firme, ningún delito puede considerarse cometido, tampoco culpable, y mucho menos sometido a pena alguna¹⁹⁸; obrar de manera contraria, viola de manera flagrante la garantía universal.

A similar reflexión llegó Chiesa cuando afirmó que la inocencia no es una verdadera presunción, sino un principio constitucional de carga de la prueba u obligación de persuadir impuesto al Estado¹⁹⁹, y Gascón, quien cuando sostuvo

ca, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes”.

195 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En: Revista Ius et Praxis, Talca: Universidad de Chile, Vol.11, No. 1, 2013, p. 221-241.

196 CARRARA, Francesco. Opúsculos de derecho criminal. Volumen IV. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 231 y ss.

197 PALACIO TISNÉS, Juan Sebastián. Presunción de inocencia. Principio constitucional absoluto. En: Revista ratio Juris, Volumen 7, No. 14, Colombia: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, 2012, p. 53-71.

198 Ibid., p. 549.

199 CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. (Tomo II). Santafé de Bogotá: Forum, 1995, p. 45.

que las presunciones *iuris tantum*, en las cuales se sitúa la presunción de inocencia, no proporcionan una información empírica a través de elementos de prueba, sino que son normas jurídicas en consideración a ciertos valores, que “imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario”. En ese orden de ideas, la presunción de inocencia es una garantía de libertad que supone un límite al ejercicio del *ius puniendi*, que se proyecta sobre el régimen de prueba en el proceso²⁰⁰.

Bajo este contexto, le asiste razón a la postura doctrinaria que sostiene que las presunciones constituyen medios de prueba, en razón a que, si el hecho base es la inocencia, el hecho a conectar a través de la lógica no puede ser la acusación.

2.2. El estado de inocencia en el contexto universal

¿Pero cómo entiende la legislación el fenómeno de la presunción?

La legislación civil colombiana prescribe que “el hecho que la ley tiene por cierto, sin necesidad de que sea probado”²⁰¹, se utiliza para sospechar o conjeturar algo, bajo ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Este significado, valga decirlo, coincide con el ofrecido por la Real Academia, quien la define como la “exención de culpa en un delito o en una mala acción”²⁰², y la posición doctrinaria que le niega a la presunción el carácter de medio de prueba.

En materia penal, el Decreto 409 de 1971²⁰³ guardó silencio sobre su existencia, y solo hasta el Decreto 050 de 1987²⁰⁴ se consagró por primera vez que “toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en sentencia ejecutoriada”, garantía ratificada por el Decreto 2700 de 1991, suprimiéndole el término “en sentencia

200 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. 3ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 123-140.

201 COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO, Ley 57 (abril, 15, 1887), por medio de la cual se incorpora el Código Civil Colombiano., Artículo 66.

202 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo tercera Edición. Edición del Tricentenario, octubre 2014.

203 COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 409 (marzo, 27, 1971), por el cual se introdujeron reformas al Código de Procedimiento Penal y se codificaron todas sus normas.

204 Ob. Cit., Decreto 050 (enero, 13, 1987), por medio del cual se decretó el Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por el Decreto 1861 de 1989.

ejecutoriada”²⁰⁵, y la Ley 600 de 2000, añadiéndole la presencia de la duda “a favor del procesado”²⁰⁶. A su turno, el legislador de 2004²⁰⁷ desarrolló el concepto, al reafirmar (1) el trato que se le debe prodigar al procesado; (2) reiterar que la contribución de la evidencia se encuentra en cabeza del órgano de persecución penal, e introducir dentro de la misma la premisa “sin que en ningún caso se pueda invertir en contra de la defensa”; y (3) consagrar el nivel de persuasión que debe alcanzar el juez para decidir de fondo, conocido como “más allá de toda duda razonable”.

Bajo esta óptica, la presunción de inocencia, junto con las demás normas rectoras²⁰⁸, constituye el fundamento axiológico desde el cual se sustentan las demás garantías procesales y se interpretan los derechos sustanciales²⁰⁹, pues conforme a ellos el legislador debe expedir las normas, las autoridades deben actuar

205 Ob. Cit., Decreto 2700 (noviembre, 30, 1991), por el cual se expidieron las normas de Procedimiento Penal, artículo 2. “En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad”.

206 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 7. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado...”.

207 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Artículo 7. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

208 Ibid., artículos 1-27, “(1) Dignidad humana; (2) libertad; (3) prelación de los tratados internacionales; (4) igualdad; (5) imparcialidad; (6) legalidad; (7) presunción de inocencia e in dubio pro reo; (8) defensa; (9) oralidad; (10) actuación procesal; (11) derechos de las víctimas; (12) lealtad; (13) gratuidad; (14) intimidad; (15) contradicción; (16) inmediatez; (17) concentración; (18) publicidad; (19) juez natural; (20) doble instancia; (21) cosa juzgada; (22) restablecimiento del derecho; (23) cláusula de exclusión; (24) ámbito de la jurisdicción penal; (25) integración; (26) prevalencia; (27) moduladores de la actividad procesal”.

209 Ob. Cit., Constitución Política, 1991. Artículo 2°. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

conforme la vigencia de esos preceptos, y la comunidad debe cumplir con sus deberes, sin abusar de los propios²¹⁰.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia de 1991 acepta que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, especialmente los que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno, sin distinción de raza, sexo, origen o condición²¹¹, y en el contexto internacional, la presunción de inocencia encuentra reconocimiento expreso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹²; la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹³, ratificada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972²¹⁴; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²¹⁵, aprobado por la Ley 742 de 2002²¹⁶; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁷, compromisos de obligatorio cumplimiento que hacen parte del sistema de fuentes y el bloque de constitucionalidad.

210 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-573 de 2003, MP. Dr. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Los que en términos de la Corte Constitucional se traducen en “la vigencia de los preceptos constitucionales, en el imperativo para el legislador y para las autoridades de actuar dentro de esos parámetros superiores; de expedir normas y actos que no contraríen la Carta Política, y en la exigencia para que los jueces, en el ejercicio de su función de administrar justicia, profieran sus decisiones con plena observancia de esos cánones constitucionales. Así [como] el compromiso que deben asumir todas las personas de respetar los derechos de los demás, de no abusar de los propios y de cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales y legales”

211 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...”

212 Ob. Cit., DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo 11.

213 Ob. Cit., CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8.

214 Ob. Cit., Ley 16 (diciembre, 30, 1972), por la cual se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 “Garantías judiciales -2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia...”

215 CORTE PENAL INTERNACIONAL. Artículo 66. “Presunción de inocencia. 1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

216 Ob. Cit., Ley 742 (junio, 7, 2002), por la cual se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Véase también, Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.

217 Ob. Cit. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 9, No. 3.

2.3. Proceso penal y trato al reo

Luego de precisar que las presunciones constituyen ficciones legales, por medio de las cuales se exonera de prueba a quienes están cobijados con ellas, y que la presunción de inocencia encuentra respaldo en el bloque de constitucionalidad, a continuación, se analizará si el trato que se le prodiga al reo al interior del proceso coincide con los postulados de la garantía universal.

Desde los albores de la indagación preliminar, durante y hasta que haya decisión que ponga fin a la actuación, la persona debe ser considerada inocente bajo el cumplimiento de las formas propias del debido proceso²¹⁸; por ende, el trato no puede ser otro que el de inocente²¹⁹, porque la presunción releva a quien está cobijado con ella de aportar los medios probatorios, al significar un estado libre de culpa.

No obstante lo anterior, existen situaciones en las que el legislador debilita la garantía, al justificar el uso de las medidas cautelares, especialmente, la detención preventiva sin contradicción probatoria, esto es, cuando se pueda inferir “de manera razonada (1) que el imputado pueda ser el autor o participe de la conducta delictiva que se investiga; (2) se pretenda cumplir con los fines constitucionales; (3) la medida se muestre necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (4) comporte un riesgo para la sociedad o el perjudicado; (5) o sea probable que no asistirá al proceso”²²⁰.

Bajo esa óptica, tradicionalmente se ha aceptado que la restricción a la libertad se legitima en los eventos en que la persona es sorprendida en flagrancia o el juez libra la orden para que una persona comparezca al proceso²²¹, de lo que

218 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 29.

219 El vocablo inocencia se deriva del *latin innocens*, formado del prefijo negativo in, que significa sin, y la palabra *nocens*, que viene del verbo *nocere*, que, en el mismo sentido, significa hacer daño. Es un Estado psicológico, emocional, no dañino, que no hace mal. Etimología de inocencia. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?inocencia> el 27 de noviembre de 2016.

220 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 308.

Se aclara que si bien es cierto la Ley 906 de 2004 diferencia la investigación del juzgamiento, y dispone que en esta última es donde se practica la prueba, para distinguirla de la primera fase, donde solo existen elementos personales y materiales de prueba, lo cierto es que ambos constituyen medios de conocimiento al tenor del art. 382, cuando enseña que estos lo conforma las pruebas testimonial, pericial, documental, inspección, elementos materiales, evidencia física o cualquier otro medio que no viole el ordenamiento jurídico.

221 HERNÁNDEZ BARROS, Julio A. *Aprehensión, detención y flagrancia*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 1767.

se infiere que una vez ha sido capturada deberá ser puesta de manera inmediata a disposición de la autoridad competente, quien declarará si la misma se llevó con observancia de los requisitos establecidos o si, por el contrario, adolece de ilegalidad.

Pero debido al abuso de la medida, porque no se utiliza como la última *ratio*, en el año 2015 fue expedida la Ley 1760, “en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”²²², orientada a racionalizar su uso. Esta normatividad, a su vez, fue modificada por la Ley 1786 de 2016²²³, la cual introdujo nuevos elementos para su imposición e hizo más exigente el proceso de valoración por parte del juez de control de garantías, pues además de la calificación jurídica como elemento determinante para su imposición, debe atender los límites temporales de la misma, los cuales no pueden superar más de uno o tres años; y si la actuación se surte ante la justicia especializada, los acusados son tres o más, o se trata de investigación o juicio de actos de corrupción de los previstos en la Ley 1474 de 2011²²⁴, el término puede prorrogarse hasta por el mismo inicial.

Se colige entonces, desde el punto de vista formal, que basta la existencia de elementos de juicio que comprometan la responsabilidad penal del procesado²²⁵ y una inferencia razonable con probabilidad de verdad²²⁶ para justificar el uso de la detención preventiva; y pese a que se afirme que tienen un carácter preventivo y no sancionatorio, hasta la decisión judicial que defina su responsabilidad penal siempre se verá expuesto a tales medidas mientras no demuestre su inocencia²²⁷.

En el cuadro 5 se demuestra la forma como la Ley 600 de 2000 exige la existencia de por lo menos dos “indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”, haciéndola improceden-

222 Ob. Cit., Ley 1760 de 2015, por medio de la cual se modificó parcialmente la Ley 906 de 2004.

223 Ob. Cit., Ley 1786 de 2016, por medio de la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.

224 Ob. Cit., Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

225 TRIBÍN ECHEVERRY, Fernando. Crítica de la doctrina de la “degradación” de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia. En: Umbral Científico, Bogotá: Universidad Manuela Beltrán, junio, 2010, p. 68-76.

226 SUAREZ, José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. En: Principia Iuris, Colombia: Tunja, Universidad Santo Tomás, No. 16, 2014, p. 310.

227 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-425 de 1997 y C-327 de 1997 MP. MORÓN DÍAZ, Fabio, y C-744 de 2001, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo.

te cuando los elementos de juicio recolectados indiquen que el implicado “pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad”²²⁸, mientras que la Ley 906 de 2004 se conforma con una inferencia razonable de probabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento, siempre y cuando “se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; [...] constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”²²⁹.

Cuadro 5. Estándar probatorio de la detención preventiva

Ley 600 de 2000	Ley 906 de 2004
Artículo §356. Requisitos de la medida de aseguramiento: la existencia de “por lo menos dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.”	Artículo 308. Requisitos. “... cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga...”.

Fuente: construcción propia.

2.4. Consecuencias derivadas del trato al reo en el proceso penal

Merece especial importancia el tratamiento que se le ha dado a la detención preventiva, en razón a que la libertad puede ser restringida bajo el cumplimiento de los requisitos de ley, y ahora, so pretexto de los fines constitucionales de la medida. A continuación, se analizará el tratamiento jurisprudencial al respecto.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana establece la obligación para los Estados de eliminar las normas y prácticas que desconozcan las garantías o amenacen el ejercicio de los derechos allí reconocidos, así como de expedir las normas y realizar las prácticas conducentes para

228 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo. “La presunción de inocencia, adquiere el carácter de derecho fundamental, en virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia [...], por el contrario, ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente [...], más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado”. Y ante la duda sobre “el hecho y la culpabilidad, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado”.

229 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 308.

su efectiva observancia. En este contexto, el instrumento con el que cuentan los jueces para concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, es el denominado “control de convencionalidad”²³⁰.

Bajo los anteriores supuestos, reconoce la inocencia como un derecho básico para la materialización de la defensa y demás garantías judiciales que acompañan al justiciable durante todo el proceso hasta la firmeza de la sentencia que declare su responsabilidad; de ahí “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”. En el caso contrario, se estaría anticipando “una pena a la sentencia, lo cual va en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”²³¹.

- Corte Constitucional. Para la guardiana de la Constitución, la presunción de inocencia integra el debido proceso y conforma el bloque de constitucionalidad, a partir del supuesto de que toda persona investigada por un delito es inocente hasta que el fallo que declare su culpabilidad quede en firme, previo proceso rodeado de todas las garantías²³².

Bajo esta premisa, el Estado no puede sustituir la presunción y establecer una regla sustantiva que consagre la presunción de culpabilidad, porque actuar en ese sentido viola el debido proceso constitucional e invade todos los ámbitos de aplicación; además, porque constituye la norma elemental de la contribución diligente de la prueba, según la cual, aplicando el aforismo *onus probandi incumbit actori*, es

230 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Recuperado de* <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8>. Pdf, 2010, el 1 de octubre de 2018. Véase también CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. Editorial Porrúa, 2013, p. 68.

231 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 145; véase también, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, supra nota 11, párr. 154, y caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México; caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77. Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Concepto que también ha sido expresado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3).

232 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-003 de 2017, MP. ARRIETA GÓMEZ, Aquiles.

el Estado, por intermedio de la Fiscalía, el encargado de probar la responsabilidad de un delito. Por ende, la actividad probatoria del investigador se debe orientar a la producción de pruebas que destruyan tal presunción de manera suficiente y racional, y al acusado no le corresponde ejecutar ninguna tarea tendiente a justificar su ausencia de responsabilidad, porque, de ser así, se le estaría exigiendo la demostración de un hecho negativo²³³.

Al igual que la Corte Interamericana, justifica la detención preventiva en aras de las facultades constitucionales de investigación, persecución y prevención que posee la Fiscalía cuando existan razones previamente contempladas por la ley, pero aclara que deberá seguir siendo tratado como si fuera inocente, en razón a que tal medida no equivale a una condena²³⁴.

Respecto de los fines de la medida, el operador jurídico debe observar los demás componentes consagrados en la ley procesal penal para determinar si el encartado simboliza un peligro para la colectividad, pues no basta la importancia y categoría de la conducta delictiva, toda vez que la detención preventiva “es un mecanismo excepcional frente a la presunción de inocencia que supone el principio de responsabilidad penal únicamente para quienes han sido condenados, y las demás garantías procesales previstas en los artículos 28 y 29 de la Carta” Política²³⁵.

En este sentido, las decisiones de salvaguarda deberán contener los mandatos que la estructuran, como el carácter provisional, estar fundamentadas en alguna de las finalidades constitucionales para su imposición y justificar que el estado de inocencia sigue al encartado desde los albores de la indagación hasta el fallo definitivo que declare en firme su responsabilidad penal. De lo contrario, se deberá aplicar el principio del *in dubio pro reo* en su favor, en razón a que la carga de la prueba le corresponde al Estado²³⁶.

233 Ob. Cit., Sentencia C- 289 de 2012, MP. SIERRA PORTO, Humberto Antonio.

234 Ob. Cit., Sentencia C-301 de 1993, MP. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo; Véase también, C-106 de 1994, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio; C-689 de 1996, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio; C-327 de 1997, MP. MORÓN DÍAZ, Fabio; C-425 de 1997, MP. MORÓN DÍAZ, Fabio; C-774 de 2001, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo; C-416 de 2002, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés; C-030 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro; C-205 de 2003, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés; C-1156 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro; C-271 de 2003, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo; C-576 de 2004, MP. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime; C-318 de 2008, MP. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime; C-425 de 2008, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo; C-1198 de 2008, MP. PINILLA PINILLA, Nilson, que avalan y justifican las medidas de aseguramiento.

235 Ob. Cit., Sentencia C-1198 de 2008, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.

236 Ob. Cit., Sentencias C-186 de 2008, C-695 de 2013, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.

- Corte Suprema de Justicia. En esa misma línea transita la Sala de Casación Penal, que ha venido sosteniendo que solamente con la culminación del proceso se podrá deducir el verdadero alcance de su responsabilidad penal o de su ajenidad en los hechos endilgados; por ende, termina la presunción.

Resalta la Corporación que el estado de inocencia actúa en relación con el conjunto de elementos del delito, por tanto, no es posible generar consecuencias en contra de una persona que apenas se indaga o investiga, porque tal proceder implica desconocer el bloque de constitucionalidad que acompaña la garantía universal, por lo que es necesario que las causales de privación de libertad estén expresamente previstas e interpretadas restrictivamente²³⁷.

En otras palabras, solo cuando “existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado [pueda] destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”, procede la detención preventiva²³⁸.

En este sentido, comparte el criterio expresado por la Corte Constitucional, al precisar que la preservación de la prueba dentro del proceso justifica la imposición de la detención preventiva, y ante la tensión permanente entre los dos derechos fundamentales, es necesario que se le otorgue mayor valor al debido proceso por encima del derecho a la libertad²³⁹.

237 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, radicado 8740, sentencia del 17 de agosto de 1994; véase también, radicado S-9380-96, sentencia del 24 de enero de 1996. MP. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique; sentencia del 5 de agosto de 1997. MP. ANÍBAL GÓMEZ Jorge; sentencia del 25 de septiembre de 1997. MP. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando Enrique.; sentencia del 10 de diciembre de 1997. MP. MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo.; sentencia del 3 de febrero de 1998. MP. MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo.; radicado 11378, sentencia del 17 de febrero de 1998; radicado 13659, sentencia del 7 de mayo de 1999. MP. LOMBANA TRUJILLO, Édgar; radicado 10757, sentencia del 22 de agosto de 1999. MP. GÓMEZ GALLEGÓ, Jorge Aníbal; radicado 16231, sentencia del 21 de octubre 21 de 1999. MP. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando; radicado 15834, sentencia del 26 de enero de 2001; radicado 29472, sentencia del 10 de abril de 2008, MP. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid; radicado 43262, Sentencia del 16 de abril de 2015, MP. GONZÁLEZ MUÑOZ, María Del Rosario.

238 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 308.

239 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP. GONZÁLEZ DE LEMOS, María Del Rosario, auto del 16 de febrero de 2010; MP. GONZÁLEZ MUÑOZ,

- Consejo de Estado. Pese a que la Corte Constitucional considera excepcional la detención preventiva, siempre y cuando se ajuste a los lineamientos legales²⁴⁰, y que la Sala Penal de la Corte sostenga que el debido proceso se encuentra por encima de la libertad personal ante las dificultades de orden probatorio, el Consejo del Estado sostiene que nadie está obligado a soportar un daño antijurídico, a no ser que se logre probar la responsabilidad del encartado mediante sentencia condenatoria.

Al respecto, la Corporación ha venido cambiando su posición y unificado los casos de vulneración de la garantía universal por privación injusta de su libertad, los cuales acarrearán el derecho a solicitar la reparación de los daños inferidos a una persona, no sin antes precisar que la detención preventiva se torna injusta cuando quien la padece fue absuelto por el anormal funcionamiento del Estado²⁴¹. A continuación, se aprecia su evolución.

La primera de ellas, de corte restrictivo, consistente en la falla del servicio judicial: anormal funcionamiento del Estado que le produjo a la persona privada de su libertad un perjuicio, sin importar si medió o no la intención de la administración²⁴². Es decir, se condenó al Estado por la privación ilegítima de la libertad, más no por la detención injusta, lo cual imponía demostrar el error jurisdiccional del Estado a través de sus funcionarios. La segunda utilizaba un criterio objetivo, porque si en contra del ciudadano existían indicios de responsabilidad, pero fue absuelto, solo le correspondía demostrar que el hecho no existió, no lo cometió o

María Del Rosario, sentencia del 16 de abril de 2015; MP. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto, sentencia del 25 de mayo de 2016.

240 Causan preocupación las cifras que al 26 de noviembre de 2014 posee Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con 1.614 demandas pendientes de estudio inicial, 360 expedientes en trámite, 281 demandas admitidas, 75 con informes de fondo, y 14 condenas en su contra, por violación de sus compromisos en materia de garantías fundamentales. LAVERDE PALMA, Juan David. El Espectador. Colombia enfrenta 1.600 demandas ante la CIDH. Es el segundo Estado más condenado. Consultado en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/colombia-enfrenta-1600-demandas-cidh-articulo-529909>. Nota periodística del 24 de noviembre de 2014; cifra que va en aumento, si se tiene en cuenta que a 2017 la Comisión Interamericana de Derecho Humanos reportó 536 peticiones, 912 pendientes de estudio inicial, 275 abiertas a trámite, 528 Peticiones y casos en trámite, 42 informes de admisibilidad, y 217 medidas cautelares recibidas. Consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, el 14 de mayo de 2018.

241 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, CP. FAJARDO GÓMEZ, Mauricio.

242 Ob. Cit., Sección tercera, sentencia del 30 de junio de 1994, CP SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel; MAYA DÍAZ, Natalia. La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional, Tesis Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio de 2000, p.106.

que la conducta no estaba tipificada como punible. Igualmente, debía demostrar el nexo de causalidad entre la detención injusta y el perjuicio que debía indemnizar el Estado²⁴³. La tercera, cuando se aplicaba la duda razonable por insuficiencia probatoria y, como consecuencia, el sindicado fue absuelto; eventos en los que no se cuestionaba la legalidad de la medida sino el perjuicio inferido a la víctima, quien no tenía la obligación jurídica de soportarlo, independientemente de la legalidad de la decisión judicial, de la actuación estatal, o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere estado revestida de dolo o culpa²⁴⁴.

Y la actual, porque nadie puede estar obligado a sacrificar su libertad en beneficio del bien común²⁴⁵. Es decir que el Consejo abrió la posibilidad para reclamar al Estado, aunque la encarcelación hubiere sido producto de una investigación adelantada por autoridad competente de manera correcta, e incluso, cuando la medida de aseguramiento de detención se hubiere proferido con el lleno de los requisitos de ley en cumplimiento de los fines constitucionales. Lo anterior, porque la responsabilidad del Estado se sustenta en la calificación del daño anti-jurídico sufrido por la persona, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”²⁴⁶, independientemente de la legalidad de la actuación, debiéndose valorar al tenor del artículo 90 de la Constitución Política²⁴⁷ si el ciudadano normal debe o no soportar el daño que sufrió al ser privado de la libertad²⁴⁸, y si la detención obedece a la conducta del procesado²⁴⁹, situación que también puede derivar en faltas contrarias al derecho internacional²⁵⁰, por denegación de justicia, o en su defecto, contrarias al derecho

243 Ob. Cit., Sección tercera, Sentencia 12 de diciembre de 1996, CP. SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel.

244 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, sentencias del 27 de septiembre de 2000, CP. HERNÁNDEZ, Alier Eduardo; del 14 de marzo de 2002. CP. RODRIGUEZ VILLAMIZAR, Germán; del 7 de junio de 2013, CP. FAJARDO, Mauricio

245 Ob. Cit., Sección tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2013, CP. STELLA CORREA, Ruth Stella.

246 Ob. Cit., Sección tercera, sentencia del 26 de mayo de 2011, CP. ANDRADE RINCON, Hernán.

247 COLOMBIA. Constitución Política, artículo 90. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades...”.

248 Ob. Cit., Sección tercera, sentencia del 17 octubre 2013, CP. FAJARDO LÓPEZ, Mauricio.

249 Ob. Cit., Sección tercera, sentencia del 15 agosto 2018, CP. ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto.

250 ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. La lucha por un nuevo orden internacional. Bogotá: Editorial Javegraf, 1997, p.12.

interno²⁵¹. Eventos estos que conllevan el deber de reparación por parte del Estado, al cual se le imputa el hecho ilícito y se declara responsable (obligación que se orienta a eliminar las consecuencias de la infracción al tener un carácter compensatorio, dentro de las cuales la satisfacción, la restitución y la indemnización son las formas más comunes)²⁵².

Así, mientras que la satisfacción busca el castigo o destitución del órgano culpable, la restitución opera en el campo del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, y la indemnización, también llamada resarcimiento, discurre en el campo de los perjuicios²⁵³, donde a través de la compensación en dinero se pretende el resarcimiento ocasionado por el hecho ilícito internacional²⁵⁴.

A partir de la Constitución de 1991, se predica la responsabilidad estatal por el daño antijurídico derivado de la actividad o inactividad de las autoridades públicas, y las normas de índole procesal penal que contemplan expresamente la noción de privación injusta se entienden hoy como una figura compensatoria que el Estado le debe al ciudadano por la afectación indebida del derecho a la libertad (modalidad de responsabilidad estatal), donde finalmente la noción del injusto se sustenta en el resultado final del proceso²⁵⁵.

En este orden de ideas, mientras que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia²⁵⁶ establece la responsabilidad del Estado derivada del error por la pri-

251 JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, p. 331. “En el primer evento, [que] no se trata de una simple violación del derecho interno, a no ser que se trate de una comisión de un hecho ilícito internacional, pues se adecúa cuando el Estado a través de sus órganos de justicia vulnera el derecho internacional, al interpretar o aplicar una regla convencional o consuetudinaria, o una norma del derecho interno. En el segundo, la denegación de justicia surge cuando el Estado no permite que los procesados defiendan sus derechos sin un mínimo de justicia, o existe demora inexcusable para proferir decisión de fondo, para lo cual se requiere haber agotado todas las instancias al interior de la jurisdicción. Y en el tercer evento, las decisiones contrarias deben constituir una “vulneración flagrante e inexcusable del derecho interno; esto es, tratarse de la decisión de tribunal de última instancia, y existir un elemento subjetivo de mala fe o intención discriminatoria por parte” de los administradores judiciales”.

252 MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Editorial Temis 1988, p.455-456.

253 JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Ob. Cit., p. 339.

254 GARCIA DE CARVAJALINO, Yolanda. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 1997, p. 123.

255 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, sentencia del 17 de octubre 2013, CP FAJARDO LÓPEZ, Mauricio.

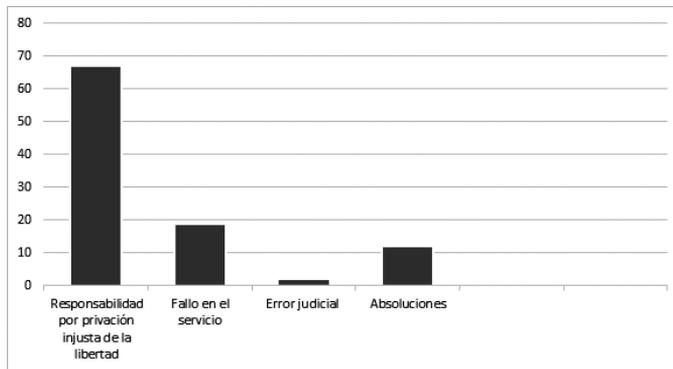
256 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 270 (marzo 15, 1996), Estatutaria de la Administración de Justicia, artículos 65 a 67.

vacación injusta de la libertad, la jurisdicción penal va en sentido contrario, porque pese al cumplimiento de los fines constitucionales, si no es posible desvirtuar plenamente la presunción de inocencia, la privación de la libertad se torna injusta y deviene una nueva tensión entre la legalidad procesal y la valoración de lo injusto, haciendo perder de vista la teleología del derecho penal frente al trato que se le debe dar al implicado, porque además de esgrimirse en su favor una presunción de carácter universal, no puede ser sometida a detención, desaparición, tortura, tratos crueles o degradantes²⁵⁷.

La Dirección de Políticas y Estrategias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁵⁸, encargada de la prevención de las conductas públicas anti-jurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, confirma la cantidad de asuntos litigiosos que se ventilan en contra de la nación.

En el muestreo realizado en la Relatoría del Consejo de Estado entre los años 1995 y 2012 se encontró un total de cien sentencias de trescientas proferidas, de las cuales en sesenta y siete se configuró la responsabilidad estatal por una privación injusta de la libertad y daño especial; en diecinueve, falla en el servicio; en dos, error judicial. Igualmente, se presentaron doce absoluciones²⁵⁹ (figura 1).

Figura 1. Participación de los procesos estudiados por fundamento de responsabilidad estatal en porcentajes.



Fuente. Elaboración propia, basado en cifras de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a 2013.

257 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 12.

258 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 4085 de noviembre 1 de 2011, por medio de la cual creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

259 AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Bogotá: Documentos especializados. No. 2. mayo de 2013, p.10.

Esta situación llevó a que en el año 2014 la Agencia identificara que el daño antijurídico generado por la aplicación de la detención preventiva tiene origen en deficiencias de la Administración de Justicia ligadas a procedimientos rutinarios, dentro de las cuales se observaron las siguientes²⁶⁰:

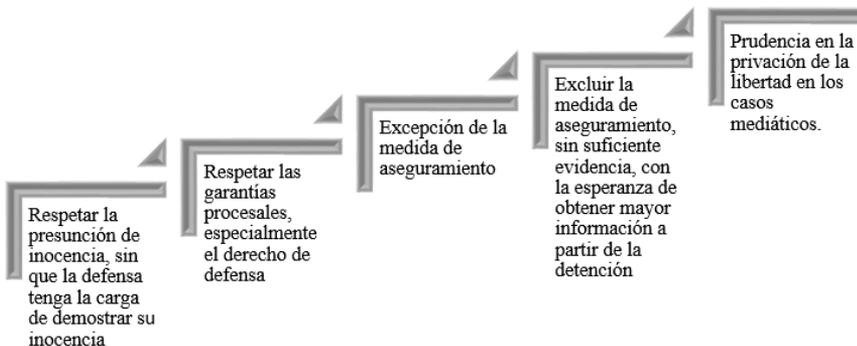
Figura 2. Principales falencias que conducen a la privación injusta de la libertad.

Principales falencias que conducen a la privación injusta de la libertad	1. Capturas irregulares
	2. Deficiencias en la reconstrucción de las situaciones de flagrancia y cuasiflagrancia en la captura
	3. Incorrecta construcción de la prueba indiciaria.
	4. Existencia de situaciones de justificación o inculpabilidad.
	5. Ausencia de razones para vincular a las personas al proceso penal

Fuente. Elaboración propia, basado en cifras de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a 2014.

En ese sentido, la Agencia solicita a todos los funcionarios públicos que intervienen en la investigación o en el juzgamiento penal, total rigor en la aplicación de la detención preventiva, dado su carácter excepcional, lo cual implica la aplicación del procedimiento descrito en la figura 3:

Figura 3. Lineamientos de prevención del daño antijurídico, expresados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

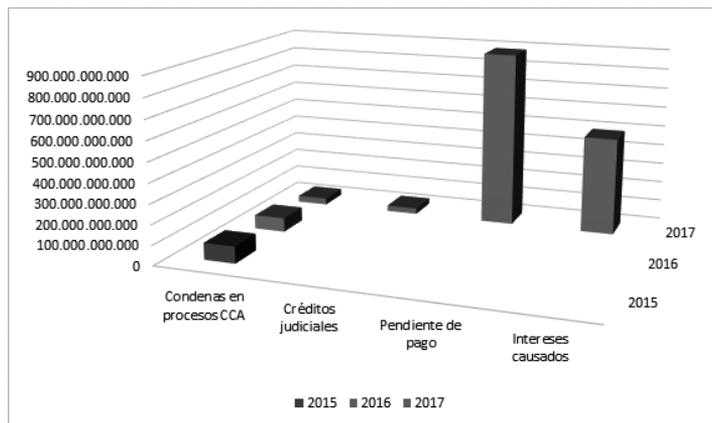


Fuente. Elaboración propia, basado en documento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a 2014.

260 AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Bogotá: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico por privación injusta de la libertad y estrategias generales de defensa jurídica, circula externa No. 5 de julio 4 de 2014.

De manera reciente, en la Sentencia SU-072 de 2018, proferida por la Corte Constitucional, se aprecian los datos que presentó la directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General, en los que señaló que por concepto de condenas en procesos contencioso-administrativos “durante los años 2015, 2016 y 2017 efectuó el pago de \$84.564.426.898, \$70.614.723.405 y \$32.856.933.573,21, respectivamente, [también señaló que] de ciento veintiocho créditos judiciales que fueron pagados en el 2017, ciento siete correspondieron a sentencias condenatorias y acuerdos conciliatorios proferidos en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, cuya cuantía asciende a \$29.336.152.749.66”, encontrándose pendiente el pago de “4.136 providencias de este mismo tipo cuya cuantía asciende a \$886.268.647.579.34, y los intereses causados desde la fecha de ejecutoria del fallo hasta el 31 de diciembre de 2017 equivalen a \$492.554.526.327.79”²⁶¹ (figura 4).

Figura 4. Condenas a la Fiscalía General de la Nación en procesos contencioso-administrativos.



Fuente. Corte Constitucional. Sentencia SU 072 de 2018. Elaboración propia.

Las anteriores cifras desconfiguran la finalidad del proceso penal, y confirman la afectación de la garantía universal, porque la operación mental del juez se reduce a la fijación formal de los hechos en litigio, al ignorar el cumplimiento de los fines estrictamente constitucionales que la ley ha señalado, confundiéndola con una especie de pena anticipada.

Además, estos hechos prenden las alarmas frente a la falta de previsión y obstinación de los operadores judiciales, quienes pretenden armonizar el orde-

261 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 072 de 2018, MP. REYES CUARTAS, José Fernando.

namiento y suplir las fallas del Estado, amparados en múltiples argumentos de autoridad que no borran la vulneración de garantías y ubican en una situación de riesgo a los habitantes y al Estado colombiano, quien deberá afrontar las consecuencias de su equivocada posición. En consecuencia, ante la existencia de otras medidas menos lesivas que garantizan el mismo fin constitucional, la detención preventiva resulta innecesaria y desproporcionada.

En el cuadro 6 se sintetiza el reconocimiento positivo, jurisprudencial y doctrinario que ha tenido la presunción de inocencia, así como la evolución y tendencia actual en materia de responsabilidad estatal, donde se destaca su consagración expresa y la postura acerca de que constituye una norma jurídica que impone una situación de hecho, independientemente de la discusión acerca de si es o no un medio de persuasión.

Cuadro 6. Presunción de inocencia

Ley	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal de los Derechos Humanos. • Convención Americana sobre Derechos Humanos. • Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. • Constitución Política de 1991. • Código Civil–Hecho que la ley tiene por cierto, sin necesidad de que sea probado. • Decreto 2700 de 1991. • Ley 600 de 2000 – Trato. • Ley 906 de 2004–Trato, carga, estándar probatorio.
Jurisprudencia	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Interamericana de Derechos Humanos. • Corte Constitucional: Toda persona es inocente, y solo se puede declarar responsable hasta que el fallo en firme así lo declare. • Corte Suprema: Al Estado le corresponde demostrar la responsabilidad del procesado y con la culminación del proceso termina la presunción. • Consejo de Estado: (1) Falla del servicio judicial como consecuencia del anormal funcionamiento del Estado. (2) Si fue absuelto “porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no estaba tipificada como punible”. (3) “In dubio pro reo”. (4) Nadie puede estar obligado a sacrificar su libertad en beneficio del bien común, artículo 90 C. Pol., a no ser que se logre probar la responsabilidad del encartado mediante sentencia condenatoria y si la detención obedece a la conducta del procesado. • Responsabilidad estatal internacional: (1) Proferir una sentencia incompatible con una regla de derecho internacional. (2) Denegación de justicia. (3) Proferir decisiones judiciales contrarias al derecho interno.

Doctrina	<ul style="list-style-type: none"> • Carrara: Metafísica del derecho penal. • Escuela Positiva Italiana (Garofalo, Raffaele; Ferri, Enrico; Manzini, Vincenzo) Vs. Beccaria. • Medio de prueba: Francois Gorphe, Jaime Guasp, Ugo Rocco y Nicolas Framarino de Malatesta. • No medio de prueba: Parra y Chiessa. • Gascón: Las presunciones son normas jurídicas en consideración a ciertos valores, que “imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario”.
-----------------	--

Fuente: elaboración propia.

2.5. Movilidad restringida a partir de la aplicación del test de proporcionalidad

Para sustentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía y, en el mismo sentido, por parte del juez para acceder a la misma, además del cumplimiento de los requisitos de forma, se exige una carga argumentativa, siendo la ponderación el método aceptado desde la racionalidad, como guía metodológica para establecer el criterio que debe prevalecer.

En esa vía, la razonabilidad se aplica de manera satisfactoria, solo si se concreta en otro más específico: el de proporcionalidad, comprendido por “la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, [esto es], que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios, y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”²⁶².

Bajo esas premisas, la Corte Constitucional justifica la detención preventiva contenida en la parte final del numeral 3° del artículo 308 de la Ley 906 de 2004²⁶³, y sobre la finalidad de la medida encuentra que ella se adecúa a los objetivos de la Constitución tendientes a garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia, para lo cual basta que sea decretada por el juez competente con las formalidades y los motivos previamente contenidos en la ley; sobre la necesidad, que es uno de los pocos casos en los que por excepción le es permitido al juez estudiar los efectos previsibles de la aplicación de la norma (esto es, que además de inferir que el imputado puede ser el autor o partícipe de la conducta investigada, trate de

262 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p- 688-795.

263 Ob. Cit., Sentencia C-022 de 1996, MP. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

eludir su cumplimiento efectivo); y sobre la proporcionalidad en *stricto sensu*, que la restricción de la libertad de locomoción atienda el imperativo deseo de precaver que los responsables de comportamientos desviados no cumplan la sanción²⁶⁴.

En la misma línea de pensamiento, la Fiscalía General de la Nación, mediante la Directiva No. 13 del 28 de julio de 2016²⁶⁵, estableció los lineamientos para solicitar la aplicación de las medidas de aseguramiento, de manera especial, la detención preventiva, bajo el entendido de que no basta el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, sino que se debe realizar un test de proporcionalidad²⁶⁶.

No obstante, pese a los argumentos de autoridad esgrimidos por la Corte Constitucional y la Fiscalía, si hacemos el mismo ejercicio, pero de manera inversa, podemos afirmar que los postulados que justifican la detención preventiva exceden el contenido de la Constitución Política (artículo 250-1) y la presunción de inocencia (artículo 29 *ibíd.*) al confundir los fines de la medida con los de la pena (prevención general o especial), en razón a que ubica en un mismo plano procesal dos figuras distintas que contienen finalidades diversas.

Lo anterior, porque mientras que la detención preventiva, de naturaleza procesal, se orienta a proteger a la víctima y a la sociedad, a asegurar la comparecencia del imputado y a evitar que se altere la prueba; la pena es la consecuencia del delito, que se persigue a través de la prevención general y especial, la retribu-

264 Ob. Cit., sentencia C-695 de 2013, MP PINILLA PINILLA, Nilson.

265 COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva 13 del 28 de julio de 2016, “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva” [...] (1) “Con base en los lineamientos del Fiscal General de la Nación (E), la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, DNEAC, en conjunto con asesores del Despacho del Fiscal General, proyectaron esta Directiva. Además, tuvo como insumos para su elaboración, documentos presentados por contratistas externos de la DNEAC. La posición de la Fiscalía en esta Directiva no necesariamente compromete la opinión de los contratistas”.

266 Bajo los siguientes parámetros: (1) Identificar el fin constitucional, (2) Sustentar su *utilidad*, lo cual implica una carga argumentativa acerca de la manera como se alcanzarán dichos fines. Dicho de otro modo, la *idoneidad de la medida*; (3) Determinará si para el caso concreto existen otras medidas menos lesivas para los derechos del procesado que garanticen el mismo fin constitucional, (*necesidad de la medida*); luego de lo cual (4) Demostrar su *proporcionalidad en sentido estricto*, para lo cual deberá identificar la importancia de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, y realizar una comparación entre ellos para precisar cuál es el más importante, para establecer una regla de prioridad sobre las circunstancias particulares del caso que evidencie por qué un derecho tiene prevalencia sobre el otro.

ción, la reinserción social y la protección al condenado²⁶⁷. En este sentido, cuando se justifica la detención preventiva, so pretexto de que el implicado eludirá la acción penal, bajo la hipótesis que será condenado y no cumplirá el fallo, su responsabilidad se presume antes de ser oído y vencido en juicio.

Corolario de lo anterior, la respuesta a la pregunta de si el Estado colombiano vulnera la presunción de inocencia al imponer en contra del reo una medida cautelar (detención preventiva) mientras se decide de manera definitiva sobre su responsabilidad, es afirmativa.

267 Ob. Cit. Ley 599 (julio, 24, 20004), artículo 4°.

3.

DINÁMICA DEL PROCESO Y DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

De acuerdo con los conceptos “presunción” e “inocencia”, quien esté cobijado por ellos, de una parte, se encuentra relevado de aportar los medios probatorios, y de otra, desde los albores de la indagación preliminar, durante y hasta que haya decisión que ponga fin a la actuación, toda persona debe ser considerada inocente. Si ello es así, la pregunta que surge es: ¿el Estado colombiano vulnera la presunción de inocencia al trasladar la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba?

Como el concepto de la carga se identifica con el de garantía procesal, pero se diferencia de aquel en la actividad desarrollada según el interés y el rol de la parte, para dar respuesta al interrogante, el presente capítulo se divide en dos partes: en la primera, se determina la formalidad y actividad de las partes al interior del proceso, se analiza el interés procesal y sus consecuencias en la doctrina. También se estudia la igualdad de armas y el derecho de reacción desde la jurisprudencia. En la segunda, se determina la incumbencia probatoria en la legislación colombiana, se evidencia la solidaridad probatoria y posición de las partes en el proceso. Igualmente, se demuestra la dialéctica del *onus probandi* desde la jurisprudencia. Lo anterior, para evidenciar la discusión que genera el interés procesal en materia penal, derivado de la actividad probatoria de la defensa, y la aplicación en su contra de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

3.1. Formalidad y actividad de las partes

El concepto de carga procesal aparece reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como una garantía genérica de la cual se desprenden otras específicas, como el debido proceso, la protección judicial y la justicia, donde

los Estados parte se comprometieron a velar por el “respeto de los derechos y las libertades reconocidos en ese instrumento y asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción la libertad de ejercicio”²⁶⁸. En la Constitución Política de Colombia de 1991 se relacionan de manera directa con el derecho de acceder al aparato jurisdiccional y el respeto del debido proceso²⁶⁹, donde los derechos a probar y alegar en las audiencias deben hacerse con suficiencia argumentativa, pese a que en materia penal la defensa no está obligada a “presentar prueba de descargo o contraprueba y mucho menos a intervenir de manera activa en el juicio oral”²⁷⁰.

Desde esa perspectiva, la Fiscalía tiene el deber de investigar, perseguir y acusar los punibles que lleguen a su conocimiento, y en desarrollo de ella no solo tiene la carga de impulso, sino de presentar los diferentes escritos ante los respectivos jueces de garantía y de conocimiento, en razón a que la dinámica procesal prevista en la Ley 906 de 2004 es de carácter dispositiva en estos aspectos.

En ese sentido, dentro del ejercicio de la acción deberá investigar las conductas que tengan las características de punible, y para el logro de sus fines puede solicitar las medidas necesarias tendientes a lograr la comparecencia del implicado, preservar los elementos materiales probatorios, realizar capturas, registrar, allanar, incautar e interceptar comunicaciones; también, acusar ante el juez de conocimiento y solicitar la preclusión de la investigación cuando lo considere necesario, además de velar por la protección de los intervinientes, y de manera especial, por el restablecimiento del derecho²⁷¹. Desde esa órbita, la carga procesal se relaciona de manera gradual con la legalidad y el estado de inocencia en sus tres momentos: imputación, acusación y sentencia²⁷².

Mientras que a la contraparte la ley le concede plazos cortos para que reaccione y manifieste cuál va a ser su estrategia, la cual quedará librada a las particularidades del caso y a los elementos de juicio que posea, sin que por ello se pueda pensar que es menos exigente, dados los estándares de convicción adoptados por

268 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Cfr. artículos 1.1, 2, 8 y 25.

269 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, Artículo 29.; “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

270 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 2009, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

271 Ibid., artículo 250.

272 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículos 287, 336 y 381.

la Ley 906 de 2004, los cuales le servirán al juez en el proceso de convencimiento como criterio de valoración y justificación de su decisión²⁷³.

Para ello deberá contar con el tiempo suficiente y los medios para organizar su defensa, para lo cual deberá conocer con antelación la evidencia de la Fiscalía, y en el evento de ir a juicio, participar de manera activa en la fase probatoria; también se encuentra facultada para interponer y sustentar recursos y nulidades, solicitar la revisión del proceso, a “no ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”, a realizar labores de indagación con la posibilidad de acudir a la entidades públicas y privadas, así como los demás derechos en su favor, que consagren “los tratados internacionales relativos a derechos humanos”²⁷⁴.

Lo anterior justifica la existencia de las garantías procesales para armonizar los elementos de prueba que pretendan llevar el conocimiento y la persuasión acerca de la presencia o ausencia de los hechos, en razón al compromiso del Estado de acoger las normas internas para su efectividad, en un sistema altamente dispositivo en sede de juzgamiento, el cual les concede a los sujetos el control procesal, y al fallador, el rol de adjudicación al momento de decidir²⁷⁵.

3.2. La igualdad de armas y el derecho de reacción desde la jurisprudencia

Como el concepto de carga procesal se relaciona con el derecho de acción y reacción, se analizará a nivel jurisprudencial su tratamiento.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. De manera reiterada la Corte Interamericana ha sostenido que, si bien a los sujetos procesales los motiva un interés, una de las finalidades de la administración de justicia es la de garanti-

273 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 28, 2005, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692> el 28 de enero de 2018.

274 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículos 66, 113-124, 125

275 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 2016, MP. PALACIO PALACIO, Jorge Iván. “[Principios del juzgamiento]: (i) no se puede iniciar de oficio; (ii) no se puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no hayan sido aportados por las partes; (iii) se deben tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo; (iv) la sentencia debe ser acorde con lo alegado y probado; (v) y no se puede condenar a más ni a cosa distinta que la pedida e la demanda.

zar un espacio adecuado para su ejercicio, pero para que ello sea posible debe asegurar los demás derechos²⁷⁶.

Lo anterior implica que en ejercicio del derecho de acción el sindicato tiene derecho a ser oído, y a que la respuesta a sus peticiones sea motivada²⁷⁷; además del derecho que le asiste a no ser suspendido su acceso, ni siquiera en los estados de excepción²⁷⁸.

- Corte Constitucional. En tal sentido, la Corte Constitucional colombiana también ha precisado que las conductas procesales son de variada naturaleza, den-

276 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. sentencias: **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. Sentencia de 5 de julio de 2004: declaró la responsabilidad internacional por la desaparición forzada de 19 comerciantes por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de una investigación para esclarecer los hechos y la falta de sanción a los responsables”; **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú**. Sentencia de 25 de noviembre de 2004: declaró la responsabilidad internacional por la detención y condena arbitraria de Lori Berenson, con violación del debido proceso; **Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia**. Sentencia de 15 de septiembre de 2005: declaró la responsabilidad internacional por la muerte, lesiones y abusos cometidos en contra de pobladores de la localidad de Mapiripán por parte de agentes paramilitares; **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentencia de 22 de noviembre de 2005: declaró la responsabilidad por la censura previa impuesta a la publicación del libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, así como la incautación de todo material relacionado con ella, la detención arbitraria de Humberto Antonio Palamara Iribarne, y la falta de un debido proceso diligente.

277 Ob. Cit., Sentencias: **Caso Tribunal Constitucional. Vs. Perú**. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párr. 69: declaró la responsabilidad internacional por la destitución de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano como miembros del Tribunal Constitucional, y la falta de un debido proceso; **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá**. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Párrs. 124 y 127: declaró la responsabilidad internacional por el despido arbitrario a 270 empleados públicos, así como a la falta de un debido proceso que ampare sus reclamos; **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú**. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 105: declaró la responsabilidad internacional por la pérdida de nacionalidad de Baruch Ivcher Bronstein, y la pérdida de sus acciones de un canal de televisión.

278 Ob. Cit., Sentencias: **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**. Sentencia de 31 de enero de 2006. Voto Razonado del juez A.A. Cañado Trindade. Párr. 64 y ss., “declaró la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos”; **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Voto Razonado Juez A.A Cañado Trindade. Párrs. 53 y ss.: declaró la responsabilidad internacional “por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaya, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros”; **Caso Baldeón García vs. Perú**. Sentencia de 6 de abril de 2006. Voto Concurrente Juez A.A Cañado Trindade. Párrs. 7 y ss.: declaró la responsabilidad internacional “por la tortura y muerte de Bernabé Baldeón García por parte de efectivos militares, así como la falta de investigación y sanción a los responsables”.

tro de las cuales las expresiones “deber”, “obligación” y “carga” son utilizadas de manera frecuente como sinónimos, pero contienen profundas diferencias.

Es decir, mientras que los deberes les incumben a todos los intervinientes, su omisión es objeto de sanción, por considerarlos imperativos de estricto cumplimiento; las obligaciones son para los sujetos procesales, al surgir del proceso (generalmente se traducen en prestaciones de contenido patrimonial, como la obligación de pagar por su trabajo al perito, o al curador, o la condena por gastos del proceso). Por su parte, las cargas demandan el empleo de tesituras establecidas por el legislador, las cuales se traducen en conductas que la parte puede realizar o no, y son establecidas generalmente en atención al interés del sujeto procesal, pero se diferencian de las anteriores en que su inobservancia conlleva consecuencias de carácter desfavorable, que pueden ocasionar la pérdida de la oportunidad procesal sustancial del derecho debatido en el proceso²⁷⁹.

Esto es que en presencia de los anteriores vocablos y la libertad de ordenación legislativa, esta “puede establecer requisitos, señalar plazos u oportunidades para cumplirlos, y fijar las consecuencias jurídicas en caso de que no se cumplan en su correspondiente oportunidad”, limitado por la primacía del derecho sustancial, la buena fe, e imparcialidad a la hora de fijar el procedimiento y, en el mismo sentido, gravar a los ciudadanos con ciertas cargas que demanden conductas “de realización facultativa, normalmente establecidas en interés del propio sujeto, cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables”²⁸⁰.

- Corte Suprema de Justicia. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) ha referido que una de las características de las cargas procesales radica precisamente en que “el sujeto a quien se las impone tiene la facultad de cumplirlas o no”, lo cual implica que nadie puede compelerlo de manera coercitiva, pero advierte que su omisión lo ubica en una situación desfavorable, como, por ejemplo, recibir una sentencia adversa al no haber contribuido con la prueba de los hechos invocados²⁸¹.

Se colige, entonces, que pese a que las cargas procesales gozan de reconocimiento legal y jurisprudencial, son del interés de la parte en quien recaen, porque solo le

279 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2011, MP. HENAO PEREZ, Juan Carlos.

280 Ob. Cit., Sentencia C-157 de 2013, MP. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.

281 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, MP. MONTOYA GIL, Horacio, auto del 17 de septiembre de 1985 Gaceta Judicial TOMO CLXXX – No. 2419, 1985, p. 427.

favorecen a ella; es decir, el sujeto procesal está en libertad de cumplirlas sin que pueda ser forzado, a diferencia de los deberes o las obligaciones procesales, en las cuales el sujeto procesal no goza de libertad para cumplirlas, exponiéndose a las consecuencias por su no asunción; de ahí que se afirme que la defensa no está obligada a participar de manera activa en la fase probatoria, ni a presentar prueba de descargo o contraprueba en el juzgamiento.

En este orden de ideas, las cargas procesales se relacionan con las reglas que se encargan de garantizar y armonizar las garantías generales y específicas, necesarias para que los elementos personales y materiales de convicción tengan íntima relación con los hechos en el derecho, sobre las cuales se aspira decidir el caso concreto.

3.3. El interés procesal desde la doctrina. Precisión conceptual

En razón a que el interés se identifica con el rol de la parte en la contienda, a continuación, se expondrán las consecuencias en caso de inactividad procesal efectuada por la doctrina civil. En esa vía, Carnelutti asimila el concepto de carga con el de interés, bajo el entendido de que la obligación y la carga tienen en común el vínculo de la voluntad, pero difieren en el elemento sustancial, esto es que, si la obligación es necesaria para obtener el fin en atención al interés que se trata de tutelar, la carga no posee ese carácter condicional, sino que su cumplimiento viene asegurado por la amenaza de una sanción jurídica²⁸². Por su parte, Sentís refiere que la parte simplemente se adapta a las formas diversas del proceso, sin que esté obligada a nada²⁸³.

Calamandrei sostiene que la carga procesal se produce por la advertencia que realiza la norma respecto de las consecuencias perjudiciales en caso de no ejercicio, no como consecuencia de la amenaza de una sanción, sino sobre el interés y las expectativas de obtener una decisión favorable, y es en ese punto donde gravita su actuar diligente o negligente²⁸⁴. En igual sentido, Couture se pronuncia al señalar la carga como un requisito necesario, de manera que su sujeción no se

282 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tomo I. Buenos Aires: Ejea, 1959, p. 65.

283 SENTIS MELENDO, Santiago. La carga procesal, en teoría y práctica del derecho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, volumen III, 1959, p. 81-97.

284 CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. (Traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973. p.340.

produce por la amenaza de una sanción, sino por la imposibilidad de disfrutar del derecho pretendido y protegido, esto es, de satisfacer un interés propio²⁸⁵. Por su parte, Michelli observa que el concepto lo da la ley, quien le atribuye a la parte la “condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico” favorable a sus intereses²⁸⁶. Entre tanto, Goldschmidt la identifica con los imperativos que operan al interior del proceso, en atención al interés de las partes, quienes se encuentran en una situación de expectativa, pues únicamente origina obligaciones para el órgano jurisdiccional, cuyo fundamento reside en el deber de administrar justicia²⁸⁷.

Véscovi y Devis coinciden en señalar que el individuo que tiene el gravamen está en libertad de cumplirlo o no, de modo que su no asunción dará lugar a las secuelas de su pasividad, las cuales pueden afectar la justa que se discute, más no a la imposición de una sanción²⁸⁸. Por su parte, Fernández señala que la carga es un poder de ejercicio facultativo, de carácter instrumental, cuya finalidad es la de permitir la obtención o “satisfacción de un interés jurídico propio”, donde “su no ejercicio genera la pérdida de la posibilidad procesal” de obtener una decisión favorable. En ese sentido, la carga procesal es una necesidad estratégica de obligatoria observancia para alcanzar la finalidad pretendida, de donde se infiere que el destinatario de las normas jurídicas no tiene la obligación de perseguir un determinado resultado, salvo que pretenda obtener dicho resultado²⁸⁹.

De las anteriores reseñas se infiere que, independiente del concepto adoptado, las partes tienen compromisos al interior del proceso para realizar actos concretos, los cuales podrían generar expectativas en su contra como la preclusión de la oportunidad o del derecho en el evento de no actuar, pues, como lo menciona Carreta, la carga se basa en la satisfacción de un interés que solo se genera res-

285 COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª edición. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1993, p. 10.

286 MICHELLI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, p. 60-61.

287 GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso I. Teoría general del Proceso. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 20-21.

288 VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Temis, 1984, p. 214; Véase también, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni-Editores, 2000, p. 179.

289 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La carga de la prueba en la práctica judicial civil. España: Editorial La Ley, 2006, p. 47, 51.

pecto del sujeto, no en virtud de un vínculo de voluntad²⁹⁰. Y en materia penal sucede algo similar, en razón a que, si bien la defensa no está obligada a actuar en determinado sentido, debe adaptarse a las diversas formas del proceso para evitar las consecuencias adversas a sus intereses.

Cuadro 7. Dinámica de la carga en el contexto procesal

Ley	C.A.D.H.	Garantía genérica
	C. Pol.	Acceso a la administración de justicia
Jurisprudencia	Corte Interamericana	El Estado debe garantizar “las condiciones necesarias para asegurar la garantía de los derechos y hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la justicia”.
	Corte Constitucional	Deberes, obligaciones, cargas
	Corte Suprema	El “sujeto a quien se las impone [...] conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, [y su] omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables”.
Doctrina	Carnelutti y Carreta	Interés
	Sentís	Incumbe a la parte
	Michelli	Obtención de un efecto jurídico
	Goldschmidt	Imperativo
	Véscovi y Devis	Libertad para cumplir o no
	Fernández	Facultad de “satisfacción de un interés jurídico propio” y necesidad estratégica de obligatoria observancia para alcanzar la finalidad pretendida.

Fuente: Elaboración propia

3.4. Formalidad e incumbencia probatoria

Para resolver la discusión acerca de la demostración del hecho, la legislación civil colombiana y el Decreto 1400 de 1970 sostienen similar postura: así, mientras que la primera señala que le “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que

290 CARRETA MUÑOZ Francesco. Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, En: Revista de derecho de Valdivia, Universidad Austral de Chile, volumen XXI, N1, Julio 2008, p. 101-127.

alega aquéllas o ésta”²⁹¹; el segundo²⁹² refiere que es a las partes a quienes les interesa “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”²⁹³.

La contribución diligente de la prueba fue incorporada a la vida jurídica en el año 2012, mediante el Código General del Proceso²⁹⁴, donde se mantuvo lo previsto por el Decreto 1400 de 1970, en el sentido de que es a las partes a quienes les interesa probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, se añadió la posibilidad de que el juez exija “probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”²⁹⁵. En esa normatividad, el juez de la causa conservó la facultad oficiosa para corroborar las hipótesis expuestas por las partes, porque el fin de la prueba es acercarse al máximo a la verdad real y procesal de los hechos para alcanzar la certeza como presupuesto de la justicia²⁹⁶. Como aspecto novedoso, la misma dotó a las partes de la posibilidad de controvertir la decisión, por violación de las reglas de reparto probatorio, violentar la contradicción, la inocencia, o la igualdad procesal, en

291 CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 (abril, 15, 1887). Artículo 1757.

292 Normas derogadas por la Ley 1564 de 2012, artículo 626, el literal C.

293 COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1400 (agosto, 6, 1970), por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

294 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (julio, 12, 2012), artículo 167. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en [ese] código”.

295 Ibid.

296 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264 de 2009, MP. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. “El decreto oficioso de pruebas es una facultad y un deber del Juez orientado al “establecimiento de la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, en virtud del principio inquisitivo acogido por el estatuto procesal civil”.

razón al juicio de valor que conlleva para quien no aporte la prueba que desvirtúe su responsabilidad²⁹⁷.

En materia penal la situación tampoco ha sido pacífica, pues la historia demuestra la existencia de diferentes sistemas de enjuiciamiento que van desde la inquisición hasta el reconocimiento de los derechos mínimos del justiciable, llegando a un punto intermedio en torno a la contribución de la prueba en la Ley 600 de 2000, donde se estableció que a “la Fiscalía le corresponde la demostración del hecho punible y la responsabilidad del acusado”, otorgándole al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio²⁹⁸.

En el año 2002, el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991²⁹⁹ trazó el camino para la Ley 906 de 2004, sistema respetuoso de las garantías fundamentales, el cual mantuvo la postura de su homóloga Ley 600 de 2000 respecto de la contribución de la prueba de los hechos y la responsabilidad del encausado en cabeza del órgano acusador, pero suprimió la investigación integral³⁰⁰ y la prueba de oficio³⁰¹, para favorecer el sistema de partes.

En este sentido, ratificó que las evidencias materiales y personales recolectadas por la Fiscalía se orientan a demostrar todos los aspectos relevantes a la ocurrencia del hecho, la plena identidad del victimario y el nexo de causalidad, en aras de alcanzar el estándar de conocimiento exigido por el legislador para proferir sentencia de condena; de lo contrario, quedará en el terreno de la duda razona-

297 AGUILAR, ARANGO, CANDAMIL, DELGADO, RUBIANO, TORRES, VESGA Y VILLAMIL, *Imposturas intelectuales: La carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva*. En: Universitas Estudiantes Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, No. 11, enero-diciembre 2014, p. 233-263; Véase también, BELÉN LINARES, María. *Apología de una cuestionada inversión. Carga dinámica de la prueba en casos de responsabilidad subjetiva galénica*. En: Las tesinas de Belgrano, No. 474 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Carrera Abogacía, 2010, p. 36.

298 Ob. Cit., Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 234.

299 Ob. Cit. Constitución Política de Colombia de 1991. Cfr. Artículo 250. Funciones constitucionales del órgano de investigación. Véase también, Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Título IV, partes e intervinientes, capítulo I, artículos 113-117; y COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto Ley 016 (9, enero, 2014), modificado por el Decreto Ley 898 (29, mayo, 2017), “por medio del cual se definió la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.

300 Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo §234. “El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia. Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponden a la Fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio”.

301 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 361.

ble³⁰². Mientras que, para la defensa, quien se encuentra en teórica condición de igualdad de armas³⁰³, reforzó el estado de inocencia al prohibirle la contribución de los elementos de juicio, norma que a su vez fue copiada por la legislación penal militar³⁰⁴.

Por ende, actuar en sentido inverso desconoce la presunción de inocencia, porque al ser considerada garantía fundamental, se encuentra relacionada con el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, de aplicación inmediata, lo cual impone tratar al procesado como si fuera inocente hasta que no se demuestre lo contrario³⁰⁵. Además, porque para desvirtuar la presunción se requiere la existencia de una actividad de cargo suministrada en la acusación y practicada en el juicio oral. Finalmente, porque los errores en el aquilatamiento probatorio desconocen la presunción cuando omite la prueba o pretermite las reglas de producción y apreciación, o en su defecto, cuando interpreta de manera errónea el significado y alcance de la norma llamada a regular el caso, dándole un sentido y alcance que no tiene, menguándolo, aumentándolo y/o tergiversándolo³⁰⁶.

3.5. Posición procesal y solidaridad probatoria

A esta altura se advierte que la carga procesal se esboza a lo largo del plenario y hace posible la competencia jurisdiccional a través del sistema de valores y principios reconocidos en el bloque de constitucionalidad, donde se evidencia cierto

302 Ibid., artículo 7.

303 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2008. MP. ARAÚJO RENTENRÍA, Jaime; SIERRA, Luis Fernando Bedoya; DÍAZ, Carlos Andrés Guzmán; Véase también, PEÑA, Claudia Patricia Vanegas. Principio de oportunidad: bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 6; Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 8°, literal j. “Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, [a] (...) j) solicitar, conocer y controvertir las pruebas”.

304 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 (agosto, 17, 2000), artículo 178. “Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”.

305 BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. En: *Revista científica Opinión jurídica*, 2010, Vol. 9, No. 17, Universidad de Medellín, p. 71.

306 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia 12.820 del 18 de febrero del 2000 MP. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando.

garantismo procesal³⁰⁷, que permite la satisfacción del interés jurídico propio en condiciones de igualdad, donde su no ejercicio derivará en la pérdida de la posibilidad procesal, convirtiéndose en una necesidad estratégica para las partes, quienes deben dirigir sus esfuerzos en aras de evitar perjuicios en su contra y demostrar los hechos de su interés con el fin de evitar consecuencias jurídicas desfavorables³⁰⁸. Es en este momento, según Michelli, cuando las reglas de la contribución de la prueba adquieren la vocación de regla de juicio, esto es, cuando el juez “no se encuentre en condiciones de fijar de otra manera el contenido de la propia decisión”; no obstante, advierte que esa transformación del dogma lo convierte en un instrumento que asegura cualquier hipótesis y, con ello, una providencia de fondo sobre la base de un criterio normativo, ejercitado bajo el imperio de la ley³⁰⁹.

Bajo los anteriores supuestos, y pese a su evolución, los problemas de la distribución de la prueba subsisten, en razón a su doble connotación, pues si se le considera una regla inflexible, esta les ordena a los sujetos demostrar lo que les interese; por el contrario, si es flexible, las partes se atienen a la mejor posición probatoria dentro del proceso.

Además de la discusión que se genera en torno a si es un deber de las partes con respecto al proceso (caso en el cual es menester precisar las consecuencias en el evento de su incumplimiento), o en su defecto, si es facultativa la aportación de los elementos de juicio³¹⁰, la contienda toma fuerza dependiendo el área del

307 FERRAJOLI Luigi. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH, 2006, p. 31. Entendido como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”, útil para contrarrestar los abusos del Estado.

308 MICHELLI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, p. 3-14. Señala Michelli que el estudio del dogma de la carga de la prueba se remonta al derecho romano y germánico, el cual sintetizó cinco fases: en un *primer momento*, la afirmación en juicio pone al agredido en la situación de defenderse o disculparse; en un *segundo momento*, el juez, con la ayuda de las reglas de la experiencia establece cuál de las partes debe producir la prueba en juicio, pues éstas le indican cuál de las partes se encuentra en mejor posición para aducirla; en *el tercero*, la prueba directa se dirige a combatir los resultados de la prueba contraria; en *el cuarto*, se combinan los anteriores fenómenos, dando lugar a la necesidad de la prueba, de perfil individual, y a la manifestación legal de las normas que distribuyen el peso de la prueba; y un *quinto momento*, “donde la actividad de las partes pierde su condición necesaria para conseguir un resultado favorable”, dándole paso a la actividad probatoria desarrollada por el juez.

309 Ibid.,

310 PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, p. 960.

derecho desde la cual se aborde el concepto. Un claro ejemplo se encuentra en materia administrativa en Colombia, de manera concreta en asuntos de responsabilidad médica, donde su desarrollo ha permitido identificar varias etapas: en un principio, y para los años 90, quien demandaba tenía la carga de probar la falla del servicio; luego se invirtió el concepto, para advertir que era al demandado a quien le correspondía demostrar la diligencia y el cuidado, pues se presumía la falla presunta en el servicio médico.

En el año 2000, cobró vigencia el concepto de carga dinámica de la prueba, bajo el entendido de que esta se distribuye a criterio del juez, porque cada parte debe demostrar lo que le corresponda, y para el 2006, el Consejo de Estado³¹¹ recogió la tesis al manifestar que “en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados [...] todos los elementos que la configuran”, dentro de los cuales se encuentra la relación de causalidad y el daño, para lo cual se deben tener en cuenta todos los elementos de juicio, especialmente la prueba indiciaria, por constituir el fundamento de las demás pruebas que obren en el proceso³¹².

De lo anterior se colige que las reglas que gobiernan la contribución diligente de la prueba son una subespecie de las cargas procesales, las cuales orientan la labor de las partes, al señalarles cuál debe ser su comportamiento al interior del proceso, y del fallador, al señalarle cómo debe decidir para evitar sentencias de carácter inhibitorio que no resuelvan el problema de fondo. Bajo estos supuestos, dentro de la variedad de cargas procesales que deben soportar las partes, se analizará la solidaridad probatoria y posición de las partes en el proceso.

Para iniciar el recorrido, resulta interesante la exposición efectuada por el juez Burelli, quien desde el punto de vista legal señaló en punto de la carga de la prueba que la regla general es que todo lo alegado debe ser probado por quien lo alegue, salvo los hechos notorios, a excepción del derecho internacional, en razón a que el juez conoce el derecho y las convenciones internacionales; por ende, le corresponde tanto al demandante como al demandado, sin que ello implique “una

311 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, 31 de agosto de 2006, radicado 15.772, CP. CORREA PALACIO, Ruth Stella.

312 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. sentencia del 8 de septiembre de 2015. MP. BUSTOS MARTINEZ, José Leonidas. Sobre la evolución jurisprudencial de la carga de la prueba de la falla en materia de responsabilidad médica, se refiere al documento de PEREZ RESTREPO, Juliana titulado “La carga dinámica de la prueba en responsabilidad administrativa por la actividad médica – Decaimiento de su aplicabilidad”, En: Estudios de Derecho, Vol. 68, No 152. Medellín: Universidad de Antioquia, 2012, donde se exponen algunas causas que ocasionaron el cambio de cargas procesales.

exigencia rígida”, pues si el Estado se encuentra en mejores condiciones, no está exonerado de establecer los hechos³¹³. Como se advierte, el instituto de la carga de la prueba ha sido objeto de diversos pronunciamientos, la mayoría en materia de derecho privado, porque en materia penal la figura resulta exótica y contradictoria.

En materia doctrinal, y ante la pregunta de cuál de las dos partes soportará el riesgo de la falta de prueba, Carnelutti respondió que será quien tenga interés en aportar la prueba; no obstante que el interés es unilateral, y cada parte tiene solo interés en afirmar los hechos que constituyen la base de su pretensión o excepción; en materia probatoria, el interés es bilateral, porque una vez se ha afirmado un hecho, mientras que una parte se interesa en probar su existencia, la otra se inclinará por demostrar su inexistencia. Pero este doble interés no sirve para poner la falta de prueba a cargo de la parte que tiene interés en probar, porque, aunque sea diametralmente opuesta, ambas partes lo tienen; por ende, no es posible hacer funcionar la contribución de la prueba bajo ese planteamiento, debiéndose escoger un criterio distinto para establecer a cuál de ellas debe perjudicar la falta de prueba³¹⁴.

En ese sentido, Rosenberg indicó que la contribución de la prueba impone demostrar el hecho en el que se fundamenta el precepto jurídico que le resulte favorable a las partes³¹⁵, mientras que Michelli consideró que el estudio de la carga de la prueba tiende a configurarse como algo inmutable, como si se derivara de los principios de lógica natural; razón por la cual, tomando como base esa afirmación, indicó que “quien alega un hecho en juicio tiene la obligación de probar, en razón a que la alegación no constituye por sí una prueba”³¹⁶. Y en punto del proceso penal señaló que la regla de la contribución de la prueba no abarca partición dado el carácter acusatorio del mismo, el cual se refleja con la estructura del procedimiento, motivo por el cual al imputado se le debe aplicar la regla de juicio y absolver cuando no se logren probar los hechos constitutivos del delito, o en su defecto, cuando

313 BURELLI, Alirio Abreu. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, 2003, Vol. 1, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 113-125.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Uteha, 1944, p. 94-95.

314 Ibid., p. 94-95.

315 ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol. II. Buenos Aires: EJE. 1955, p. 228.

316 MICHELLI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Bogotá: Editorial Temis, 1989, p. 3-4.

sea probada alguna causal de ausencia de responsabilidad; bajo ese aspecto, es a la acusación a la que le incumbe la prueba de los hechos³¹⁷.

Es una situación jurídica de “realización facultativa, establecida en interés propio”, señaló Couture, cuyo descuido conlleva una consecuencia gravosa para él³¹⁸. A su vez, “sobre la distribución de la carga de la prueba”, propuso en el proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945 para Uruguay que “los jueces deben apreciar las pruebas de acuerdo con la sana crítica, sin perjuicio de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”, idea que terminó siendo plasmada años después cuando se sancionó el Código General del Proceso del Uruguay³¹⁹.

Sostiene Rocha que el vocablo se refiere al accionar de los sujetos, mientras que la tarea del fallador es conocer los hechos en que aquellas basan sus afirmaciones³²⁰. En tanto que Morello refirió que las reglas rígidas de la distribución del riesgo de no probar corresponden a una “visión acentuadamente liberal del derecho procesal”, al centrarse en el interés de las partes “que opera, así como una polea de impulso y transmisión del principio dispositivo, dejando por fuera otros valores como el principio de solidaridad que «obliga» [...] a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba [...]”³²¹.

Bentham se aproximó al problema manifestando que esta presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico ante la pregunta ¿sobre quién debe recaer? Por ese motivo, sostuvo que la parte que la pueda aportar con menos inconvenientes, generalmente la parte que inicia el juicio o la que formula la alegación, es la que le corresponde probar la veracidad de esta³²². En otro orden, Chiovenda no habla de un deber, sino de una necesidad de probar, porque la falta de prueba produce una situación similar al incumplimiento de un deber; por ende, soportará los efectos de la ausencia de prueba la parte a quien le corresponda probar. En este

317 Ibid., p. 265-269.

318 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones de la Palma, 1993, p. 240.

319 Artículo 139.2 “La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”. V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Conclusiones, Junín: Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1992.

320 ROCHA ALVIRA, Antonio. De la Prueba en Derecho. Bogotá: Ediciones Lerner, 1967 p. 72.

321 MORELLO, Augusto Mario. La prueba. Tendencias modernas. 2ª edición ampliada. Buenos Aires: Editorial Librería Editora Platense, 2001, p. 83-91.

322 BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: Editorial Librería El Foro, 2003, p. 406-407.

sentido, identifica el concepto con las obligaciones constitutivas, porque estas le dan vida a la voluntad de la norma y hacen nacer expectativas de alguien, normalmente invocados por el actor; extintivas, porque hacen cesar la voluntad de la ley, y con las de tipo impeditivo, porque impiden el nacimiento de un derecho³²³.

Desde otro ángulo, Peyrano, sin desconocer la tradición, criticó la rigidez de las reglas del proceso civil dispositivo; sin embargo, señaló que es una posición que no ha sido pacífica en el derecho privado, por encontrarla sospechosa de vulnerar las garantías de la defensa, y con mayor razón en el procesal penal, en lo que tiene que ver con el estado de inocencia, en razón a que la carga de la responsabilidad penal del acusado le corresponde al Estado. En ese sentido, la “mayor facilidad probatoria y la mejor disponibilidad de los medios probatorios son las razones que fundamentan el grueso de las soluciones vigentes que dominan la distribución del *onus probandi*”³²⁴.

Por su parte, Parra³²⁵ retomó a Devis³²⁶ para reiterar que las reglas de la distribución probatoria funcionan en doble vía, de un lado, como una regla de juicio que “le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar la decisión”, y de otro, “indirectamente, establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables”. Al punto de la dinámica, no discute el razonamiento lógico al que llegó la Corte Suprema al aceptar su aplicación en materia penal, pero difiere al considerar política e ideológicamente incorrecto exigirle al procesado el aporte de pruebas, en virtud de la solidaridad y equidad³²⁷.

Pulecio refiere que la discusión sobre la temática gira en torno a quién debe sufrir la consecuencia desfavorable de la regla de juicio y, en el mismo sentido, replica a Devis para recordar las diferentes teorías que se han expresado (las cuales van desde la rigidez a la flexibilidad). Dentro de dichas teorías, se

323 Citado por CASTILLO LARRAÑAGA, Rafael de Pina José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29 edición. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 32.

324 PEYRANO, Jorge Walter. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 60.

325 PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decimo octava edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada, 2011, p. 219-256.

326 DEVIS Ob. Cit., p. 34-35.

327 PARRA, Ob. cit. p. 260.

encuentran³²⁸: (1) la que impone la prueba a quien afirma y exime de ella a quien la niega: En esta teoría no se toma en cuenta la condición procesal de las partes (demandante o demandado), sino el contenido de las afirmaciones o negaciones objeto de prueba; pero trae inconvenientes, porque su contenido generalmente obedece al estilo de redacción, esto es, que quien de manera habilidosa redacte negaciones de manera definida con el fin de invertir la carga de la prueba en una situación fáctica concreta, resultará afirmando implícita o indirectamente; además, porque no todo hecho afirmado es objeto de prueba; (2) quien alega un hecho anormal debe probar, dado que lo normal se presume: Esta teoría puede ser aplicable en ciertos casos, pero no como regla general, ni como complemento del criterio de la afirmación. El que pretenda innovar y modificar la normalidad, tiene la carga de la prueba: Es similar a la anterior, pues, en el fondo por innovación se entiende lo que modifica la normalidad. De acuerdo a la naturaleza constitutiva, extintiva, invalidativa o impeditiva de las obligaciones: Tanto al demandante como al demandado le corresponderá la carga de probar los hechos constitutivos extintivos o impeditivos.

Igualmente, recuerda (3) la que impone probar a las partes el supuesto de hecho de la norma que le es favorable: Esta tesis fue la aceptada por el Código General del Proceso; (4) según la posición de cada una de las partes respecto del efecto jurídico perseguido, se impone la prueba: Tienen puntos de vista similares a la anterior, pero la carga de probar se centra en la posición ocupada por la parte respecto del efecto jurídico pedido, la cual está determinada por el derecho sustancial; (5) la que exige al actor probar los hechos en los que basa sus pretensiones y al demandado probar los hechos en los que fundamenta sus excepciones: Esta teoría toma en cuenta la posición de la parte en litigio, pero es imperfecta porque existen hechos que no son objeto de prueba, como por ejemplo las presunciones de derecho, los hechos notorios y las afirmaciones indefinidas; además, el artículo 177 del Decreto 1400 de 1970 establece que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, texto que fue reproducido por el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012.

En otro orden, para determinar el grado de madurez al que llegó la teoría desde el año 1992, resultan relevantes las conclusiones de las V Jornadas Bonae-rensens de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, sobre las característi-

328 PULECIO BOEK, Daniel. La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. En: Revistas Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012, volumen 38, No. 38, p. 259-300.

cas que la identifican: (1) El desplazamiento de la carga probatoria es una especie dentro del género; (2) la probática reconoce “la vigencia de las normas generales clásicas (rígidas) sobre distribución de la misma como principio general”, y su aplicación es excepcional cuando sea notoriamente perjudicial; (3) en el evento que se estime, deberá estarse “a las especiales circunstancias del caso”; (4) “el elenco de las mismas es amplio y variado”, pero entre las preferidas está la de “hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”; (5) al ser norma legislativa, es fuente de derecho “expresa en muchos lugares del país y del mundo”, pero “para el caso de que los ordenamientos jurídico-procesales no la contemplen, constituye doctrina recibida”, excepcional; (6) son de oficio, no obstante que las partes pueden argumentar en su favor; (7) y su doctrina se ha extendido “a todas las ramas del derecho, pues así lo comprueba su aplicación jurisprudencial por tierras latinoamericanas y europeas”³²⁹.

De la anterior reseña se advierte la evolución doctrinaria que ha tenido la teoría de la carga de la prueba, expresada bajo diferentes calificativos como “necesidad”, “imposición”, o “reglas de comportamiento” que, en últimas, siempre buscan equilibrar la contienda, y ahora bajo el dogma de solidaridad y la posición de las partes en el proceso. El siguiente cuadro sintetiza la evolución doctrinaria de la carga de la prueba.

Cuadro 8. Solidaridad probatoria y posición de las partes en el proceso

En la doctrina	Chiovenda	Necesidad o carga
	Rosenberg	Impone a cada una de las partes, la prueba de los “supuestos de hecho de la norma jurídica que le resulta favorable”.
	Couture	Situación jurídica de realización facultativa
	Rocha	Actividad de cada una de las partes
	Parra y Devis	Regla de juicio y de conducta
	Pulecio	¿Quién debe sufrir la consecuencia desfavorable de la regla de juicio?

329 V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Conclusiones, Junín: Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1992.

Teorías de la carga de la prueba	
<ul style="list-style-type: none"> • La que impone “al actor la carga de probar los hechos” en los que basa sus pretensiones y al demandado la carga de probar los hechos en los que fundamenta sus excepciones. • La que impone la carga de la prueba a quien afirma y exime de ella a quien niega. • La que asigna la carga de probar a quien alega un hecho anormal, dado que el normal se presume. • La que distribuye la carga a quien pretende innovar y modificar la normalidad. • La que recurre a la “naturaleza constitutiva, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos.” • La que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de la norma que le es favorable. • La que distribuye la carga de probar según la posición de cada una de las partes respecto del efecto jurídico perseguido. 	
Contribución diligente de la prueba	
En materia civil	En materia penal
<ul style="list-style-type: none"> • La que impone probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. • Según si tiene en su poder el objeto de prueba en virtud de su cercanía con el material probatorio. • Por circunstancias técnicas especiales. • Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio. • Por estado de indefensión. • Por estado de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte. 	<p>La que impone a la Fiscalía “la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal” y prohíbe invertir esa carga probatoria al procesado.</p>

Fuente: Elaboración propia

3.6. Dialéctica del *onus probandi* desde la jurisprudencia

Pese a la claridad normativa, el proceso de interpretación difiere del tenor literal, como se verá a continuación.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuando se analizó la responsabilidad del Estado derivada del trato al reo, advertimos el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a la figura de la detención preventiva, bajo el supuesto de que si bien es cierto la libertad no es un derecho absoluto, su abuso es evidente so pretexto del cumplimiento de los fines constitucionales de la medida. En ese sentido, la obligación del Estado consiste en eliminar las normas y las prácticas que desconozcan las garantías o amenacen su ejercicio para su efectiva observancia.

Bajo los anteriores supuestos, en materia de cargas probatorias, la Corte Interamericana ha sostenido que el implicado no debe demostrar el delito endilgado, porque “la carga de la prueba le corresponde a quien acusa”; es decir que “si la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, [esta] recae en la parte acusadora, y no en el acusado”³³⁰.

Y en reciente pronunciamiento reiteró su línea jurisprudencial, al sostener que en materia penal “la carga de la prueba se sustenta en el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo”³³¹, posición coincidente con la doctrina internacional, de acuerdo con la cual no le corresponde al imputado el *onus probandi* de su inocencia, sino al Estado, quien tiene la carga de demostrar más allá de toda duda razonable su culpabilidad; de lo contrario, se impondrá la sentencia absolutoria³³².

- Corte Constitucional. Por su parte, la Corte Constitucional reconoció que la contribución diligente de la prueba es característica de los procesos de carácter dispositivo, la cual ha sido objeto de una prolongada evolución, conocida bajo

330 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega y Otros VS. México sentencia de 15 de mayo de 2011; caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2004, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia del 26 de noviembre de 2010.

331 CORTE INTERAMERICANA, Cfr., Caso Zegarra Marín Vs. Perú, 2017.

332 O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Colombia, 2007, p. 397.

el principio del *onus probandi*, según el cual le corresponde a las partes acreditar los hechos invocados, so pena de asumir las consecuencias negativas por su omisión, porque a partir de sus enunciados fácticos, cada parte pretende llevar al juez a un grado de convicción tal que ponga fin a la contienda³³³.

En este sentido, el sistema exige a las partes contribuir en el esclarecimiento de la verdad con la administración de justicia, para lo cual deben allegar, conforme al rito procesal, los elementos de juicio orientados a probar los hechos pretendidos para que el juez pueda, en el mismo sentido, llegar al estado mental pretendido, lo que significa asumir un rol activo sin que sea posible refugiarse en las dificultades probatorias de su contradictor dialéctico o en la diligencia del juez.

En materia de obligaciones, la contribución de la prueba fue regulada por el artículo 1757 del Código Civil, según el cual quien pretenda demostrar la existencia de las obligaciones o su extinción, tiene la carga de la prueba, al igual que en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970, el cual exigía probar los hechos invocados, a excepción de las afirmaciones o negaciones indefinidas dado su carácter indeterminado, así como las presunciones legales, porque a la persona beneficiada con ellas “solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho desconocido, de cuya prueba está exento”³³⁴.

Pero ante la dificultad probatoria, y en ocasiones debido a la desigualdad de las partes o al alto nivel de especialización técnico-científica que rodeaban algunos casos, fue menester revisar el alcance del principio *onus probandi*, momento en el cual surgió la teoría de la contribución diligente de la prueba, la cual se sustentó en la “solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, [donde la premisa] *quien alega, debe probar* [fue reemplazada por la de] *según las circunstancias de cada caso*, [quien] *se encuentre en mejores condiciones* [debe probar, como mecanismo] *para restablecer la igualdad en el proceso judicial*”³³⁵.

Bajo estos supuestos, solo hasta el año 2012, con la expedición de la Ley 1564, conocida como Código General del Proceso, se mencionó de manera expresa la locución “carga dinámica de la prueba”, término que encontró respaldo en la Constitución, para consolidar la “tutela judicial efectiva de los derechos, la

333 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 2016, MP. PALACIO PALACIO, Jorge Iván.

334 Ob. Cit., Sentencia C-070 de 1993.

335 Ob. Cit., Sentencia T-741 de 2004, MP. CEPEDA ESPINOSA, José Manuel. Véase también, T-346 de 2011, MP. CALLE CORREA María Victoria.

prevalencia del derecho sustancial y la consecución de un orden justo”, donde el juez no solo está facultado para decretar pruebas de oficio, sino para redistribuir las cargas probatorias cuando lo considere necesario entre los sujetos procesales, como en los casos de debilidad o subordinación de una persona frente a otra, de “quien se cuestiona la vulneración de un derecho”, como en ocasiones sucede, en materia administrativa, castrense, laboral y de seguridad social. Con fundamento en lo anterior, infirió la Corte que “la carga dinámica de la prueba no solo es compatible con la base axiológica de la Constitución y la función constitucional atribuida a los jueces”, sino “con los principios de equidad, solidaridad y buena fe y el deber procesal de las partes de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia”³³⁶.

Y en el sistema de la Ley 906 de 2004 señaló que el *onus probandi* les corresponde a las partes, sin que ello signifique la inversión de la presunción de inocencia dado el rol proactivo que deben desempeñar en el marco de un proceso adversarial, “ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía”³³⁷.

- Corte Suprema de Justicia. En pronunciamiento del año 2017, la Sala Civil criticó la aplicación de la “teoría de la carga dinámica de la prueba” para sostener que lo que se presenta dentro del proceso ya no es una facultad de la parte, sino un deber-obligación de aportación de las pruebas de quien está en posibilidad de entregarlas; en este sentido, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la responsabilidad debe ser asumida por el actor, quien es el que pretende la aplicación del efecto jurídico consagrado en la norma³³⁸.

En materia penal la cuestión no es pacífica, porque, desde el pórtico de la vigencia de los sistemas procesales de tendencia inquisitiva, la Corte ha venido aplicando la teoría de la contribución diligente de la prueba, en pro de la lucha contra la criminalidad en el Estado colombiano; así lo ha constatado Pulecio, quien identificó dos momentos de aplicación de la pluricitada teoría entre los años 1991 y 2011.

El primero, de aplicación expresa, para delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y omisión de agente retenedor, y de manera tácita, para el lavado de

336 Ob. Cit., Sentencia C-086 de 2016. MP PALACIO PALACIO, Jorge Iván.

337 Ob. Cit., Sentencia C-069 de 2009, MP VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

338 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de abril de 2017, MP. GARCÍA RESTREPO, Álvaro Fernando, Radicación No. 08001-31-03-009-2007-00052-01.

activos, pues supone que la defensa debe probar lo que le interese, siempre que esté en mejores condiciones que la Fiscalía para desvirtuar los elementos allegados en su contra, pues no se le podía exigir probar lo que le resultara imposible; y el segundo, también de aplicación expresa, pero en sistemas de tendencia acusatoria, aplicable para todos los delitos en el sistema penal acusatorio, gracias al ejercicio propio del esquema adversarial, donde la facilidad probatoria deja de ser central en búsqueda de la absolución y supone un comportamiento activo de la defensa, quien deberá demostrar la teoría cuando en su contra la Fiscalía allegue material suficiente³³⁹. Bajo estos supuestos, de manera explícita y sin ambages, la actual postura de la Sala Penal en materia probatoria es que la teoría de la carga dinámica en el sistema acusatorio es la regla general, “sin importar quién esté en mejores condiciones de probar un hecho”³⁴⁰.

En el año 2015 se pensó que la Sala Penal del Corte había reconsiderado su postura al sostener que no es aplicable la teoría de las cargas dinámicas porque al erigirse al ser humano como el centro de gravedad sobre el cual giran los textos constitucionales y los instrumentos internacionales, el debido proceso está destinado a garantizar el respeto y su eficacia; esto es, que las garantías procesales condensadas en la parte preliminar deben entenderse como barreras legitimadoras del *ius puniendi* en contra del arbitrio judicial, por lo que se deben aplicar de manera obligatoria y prevalente sobre las demás normas de procedimiento y como fundamento de interpretación para la resolución de cada asunto³⁴¹.

Sobre el estado de inocencia, previsto en la Constitución y los ordenamientos procesales penales, reiteró que tiene vigencia durante toda la actuación, hasta la firmeza de la decisión que ponga fin a la actuación definitiva, pues constituye la regla básica de la contribución de la prueba, en razón a que le corresponde a la Fiscalía probar la participación y responsabilidad del delito del implicado.

Y en cuanto a la premisa relativa a que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”, precisó que el encartado no debe acreditar su inocencia, porque

339 PULECIO BOEK, Daniel. La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012, Vol. 38, No. 38, p. 259-300.

340 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Penal, Sentencias del 27 de marzo de 2009, y del 13 de mayo de 2009, MP. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo. MP. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo.

341 Ob. Cit., Sala de Casación Penal. Radicado 39419, sentencia del 8 de septiembre de 2015. MP. BUSTOS MARTINEZ, José Leonidas.

esa función le corresponde al Estado, tal como lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Estatuto de Roma, sobre los cuales se advierte un común denominador: la aplicación del principio clásico de la carga de la prueba, esto es, que el demandante tiene que probar el contenido de sus afirmaciones tendientes a demostrar la culpabilidad, sin exigencia adicional alguna, en razón a que la persona se encuentra cobijada por una presunción legal, mientras no se demuestre lo contrario, conforme la ritualidad establecida.

Bajo estos supuestos, no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, porque a él no le corresponde desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito, tampoco someterlo a las reglas de la contribución diligente de la prueba, porque de admitirse, “además de transgredir al ordenamiento, [...] romperían los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio alusivos al equilibrio entre las partes, la igualdad de armas y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria, pues, acorde con la definición legal (art. 167 C.G.P), a través de ese principio se le asignaría la facultad de imponer al acusado el deber de demostrar la materialidad del delito y su responsabilidad, cuando considere que ese sujeto procesal se halla en mejores posibilidades de hacerlo que la Fiscalía”³⁴².

Por ende, la carga que le asiste a la defensa es la de oponerse a las pruebas de la Fiscalía encaminadas a desvirtuar su inocencia, actividad desde donde puede “explicar o justificar su conducta”, caso en el cual, si opta por renunciar a su derecho a guardar silencio, surge el deber de acreditar sus explicaciones y justificaciones con los diferentes medios y evidencia que posea tendientes a desvirtuar las allegadas por la Fiscalía, situación similar a la que se presentaría en el caso de que proponga alguna causal de ausencia de responsabilidad, eventos en los cuales se activa la incumbencia probatoria, según la cual le “corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico”³⁴³.

En ese contexto garantista, la anterior postura supondría la presencia de un tipo de excepción de la máxima probatoria según la cual en ningún caso opera la inversión de la prueba en contra de la defensa, salvo los casos mencionados, en

342 Ibid.,

343 Ibid.,

razón a la facultad que les asiste a las partes de desarrollar diferentes actividades orientadas a la obtención de un fin determinado.

Pese a lo anterior, cuando parecía haberse superado el dilema, por lo menos teórico, en pronunciamiento del 25 de mayo de 2016 la Sala Penal de la Corte regresó a su posición inicial al sostener de manera expresa “que la teoría de la carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, sí es aplicable al derecho penal sin que se vulnere la presunción de inocencia”³⁴⁴.

Al respecto sostuvo que “la carga de la prueba, como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no es absoluta” porque, de ser así, se avalaría la actitud pasiva del acusado al existir situaciones en las que la Fiscalía se encuentra en dificultades “para probar determinado hecho y la defensa cuenta con la facilidad de aportar” los medios necesarios. Por ende, siempre que beneficie sus intereses, en virtud del equilibrio y de procurar la prueba de la circunstancia controvertida, es necesario que el acusado aporte la prueba para que se pueda acceder al medio probatorio.

Y resaltó que “en un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, [...] la actividad probatoria de la Fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena”³⁴⁵, posición reiterada en idénticas condiciones por la Corporación en el año 2017³⁴⁶.

El cuadro 9, además de evidenciar la evolución normativa, resalta las contradicciones en las que ha incurrido la Corte Constitucional y Corte Suprema (Sala Penal) en contravía de lo sostenido por la Corte Interamericana sobre el manejo del tema.

344 Ob. Cit., Sala de Casación Penal. Radicado 47802, auto interlocutorio del 25 de mayo de 2016. MP. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto.

345 *Ibíd.*,

346 Ob. Cit., Sala de casación Penal, Radicado, radicado 48745, sentencia del 23 de agosto de 2017.

Cuadro 9. Incumbencia probatoria y dialéctica del onus probandi

En la Ley	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de Colombia de 1991, “Art. 250” • “Acto Legislativo 03 de 2002” • Código Civil Art. 1757 • Decreto 1400 de 1970, Art. 177 • Ley 1564 de 2012, Art. 167 • Ley 600 de 2000, Art. 234 • Ley 1407 de 2000, art. 178 • Ley 906 de 2004, art. 7 	
En la jurisprudencia	CORTE INTERAMERICANA El implicado no debe demostrar el delito endilgado, porque “la carga de la prueba le corresponde a quien acusa”.	
	<p>CORTE CONSTITUCIONAL</p> <p>2009: El onus probandi les corresponde a las partes, sin que ello signifique la inversión del estado de inocencia, dado el rol proactivo en el proceso adversarial, “ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculporias a cargo de la Fiscalía”.</p> <p>2012: “El onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado sino al Estado”, de lo contrario, se impondrá la sentencia absolutoria, en razón a que uno de los objetivos del proceso es preservar el principio de inocencia.</p>	<p>CORTE SUPREMA (SALA PENAL)</p> <p>2000: No se le puede exigir a la Fiscalía probar lo que le resultara imposible, supone un comportamiento activo de la defensa, quien deberá demostrar la teoría.</p> <p>2015: La teoría de las cargas dinámicas rompe “el equilibrio entre las partes, la igualdad de armas” y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria; la carga que le asiste a la defensa es la de oponerse a las pruebas de la Fiscalía tendientes a desvirtuar su inocencia; si opta por renunciar a su derecho a guardar silencio, surge el deber de acreditar</p>

	<p>2016: La contribución de la prueba es característica de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, donde se le exige a “las partes colaborar con el esclarecimiento de la verdad y la administración de justicia”.</p> <p>Ante la dificultad probatoria, la dinámica es “compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe y el deber procesal de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.</p>	<p>sus explicaciones y justificaciones con los diferentes medios y evidencia que posea, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico.</p> <p>2016-2017: La dinámica probatoria es aplicable al derecho penal sin que se vulnere la presunción de inocencia, supone un comportamiento activo de la defensa en materia probatoria, de lo contrario, se expondrá a una sentencia condenatoria.</p>
--	--	--

Fuente: Elaboración propia

De lo anterior se colige que, pese a la prohibición legal, la interpretación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que avala el uso de la teoría de la contribución diligente de la prueba en materia penal deriva en consecuencias negativas para el reo, razón por la cual la respuesta a la pregunta de si el Estado colombiano vulnera la presunción de inocencia al trasladar la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa, es afirmativa.

4.

ESTÁNDAR PROBATORIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Si solo se requiere de la confirmación de la hipótesis expuesta por la Fiscalía y la invalidación de la hipótesis de su opositor dialéctico para lograr el estándar probatorio exigido por el legislador, ¿es posible aplicar el *in dubio pro reo*?

Para dar respuesta al interrogante, el presente capítulo analiza el estándar adoptado por el sistema penal acusatorio colombiano para lograr el convencimiento judicial. Para ello, se evidencia la supremacía del derecho probatorio; se describe la ratificación jurisprudencial de las garantías probatorias; se determina el paradigma doctrinal en materia probatoria; se precisan los medios de persuasión racional; se examinan los aspectos fundantes de los medios de persuasión, y se demuestra que la incertidumbre y la subjetividad son inevitables en la vida del juez. Lo anterior, para demostrar que a pesar de las garantías y objetividad que rodean el proceso de producción probatoria, se mantiene la subjetividad del fallador al llegar a la valoración, derivada, una vez más, de la aplicación de criterios ambiguos que impiden determinar de manera objetiva cuándo la defensa se encuentra en presencia de la duda que lo favorezca.

4.1. Supremacía del derecho probatorio

Comoquiera que el sistema penal acusatorio despliega un abanico de posibilidades para las partes, este conlleva una serie de deberes para los intervinientes, orientados a la búsqueda de la verdad y a la reparación a través de la reconstrucción del hecho, para alcanzar la justicia como último fin del proceso, deberes que implican una limitación al derecho a probar, pues mientras que, por un lado, se esgrime la libertad probatoria, por otro, la regulación de los medios constituye el límite a esa libertad; tensión que confirma la importancia de los fundamentos

sobre los cuales se sustentan las garantías procesales y el papel integrador de la normatividad dentro del sistema de fuentes. Un ejemplo lo constituye el recaudo de la evidencia personal y física, donde según el grado de afectación de los derechos en juego, se requiere de autorización judicial previa. Es decir que el juez de garantías deberá sopesar los derechos del procesado y de las víctimas para cumplir la función con imparcialidad y el respeto de “las garantías constitucionales”³⁴⁷; postura que, si bien es la acogida por el legislador y las altas cortes, se cuestiona por la excesiva confianza depositada al juzgador, quien, en ejercicio de la ponderación, se ha convertirlo en creador de normas, y en nuestro caso, porque pone en entredicho la garantía universal del estado de inocencia.

Bajo las anteriores premisas, las garantías probatorias del proceso penal son el resultado de un esfuerzo cuya base se ubica en el sistema de fuentes, tendiente a lograr decisiones justas y veraces, desde donde se evidencia la existencia de un derecho constitucional reforzado.

A partir de 1991, en Colombia se dio inicio a la denominada constitucionalización del derecho probatorio, al establecer varios aspectos, ente ellos, el privilegio que tiene el encartado de probar y contraprobar los hechos endilgados, solicitar que se declare la “nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso” y la interpretación conforme a los “contenidos materiales plasmados en los principios y en los derechos fundamentales”, como el derecho a aportar, solicitar y conocer las pruebas allegadas en su contra³⁴⁸, lo cual significa que el legislador debe elaborar las políticas que gobiernen el debido proceso y su estructura probatoria³⁴⁹.

Estas garantías se traducen en el derecho que tiene toda persona de presentar cualquier elemento de juicio que mantenga la presunción de inocencia, esto es, hacer comparecer a las personas que puedan declarar, interrogar a los convocados y refutarlos a través de los medios legales³⁵⁰, derechos que encuentran respaldo en

347 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. MP. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ.

348 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 29.

349 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. MP. ANGARITA BARON, Ciro.

350 Ibid., Sentencias T-589 de 1999. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo; C-034 de 2014. M.P. VICTORIA CALLE, María.

la Ley 74 de 1968³⁵¹ y la Ley 16 de 1972³⁵². Bajo esos supuestos, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, la Ley 906 de 2004 adoptó un modelo procesal de tendencia acusatoria más marcado que el previsto en la Ley 600 de 2000, modelo que reemplazó la investigación integral y la permanencia de la prueba por una prueba recaudada en sede de juicio oral, bajo el entendido de que en un sistema de partes se debaten los elementos de convicción de manera oral, pública, concentrada y con intermediación, en el marco de la probidad, la buena fe y la igualdad de oportunidades, sin que la Fiscalía pueda afectar los derechos fundamentales, ni el juez de la causa pueda inmiscuirse en la investigación. De contera, y por expresa disposición, los derechos esenciales del ser humano fueron objeto de prerrogativa, dándole prelación a los tratados internacionales, a la igualdad, a la imparcialidad y a la legalidad, como ejes sobre los cuales gravitan las decisiones judiciales; garantías procesales que predominan sobre cualquier otra norma y deben ser utilizadas como mecanismo de interpretación³⁵³.

Bajo estas premisas, los principios generales y específicos generan valores fundamentales, cuya aprehensión social provoca la convicción de obligatoriedad y coercitividad³⁵⁴, otorgándole vida al derecho, porque a través de ellos se pretende garantizar la imparcialidad de los funcionarios, dar seguridad a las relaciones jurídicas, propiciar la igualdad de los intervinientes y forjar la unidad de ideología para evitar la arbitrariedad judicial³⁵⁵. Y en este contexto, la prueba es reconocida como un derecho constitucional que impone a los intervinientes del proceso, es-

351 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 74 (diciembre, 26, 1968), por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de éste último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, artículo 14-3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito [tiene] derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.”

352 Ibid., Ley 16 (diciembre, 30, 1972), por la cual se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8-2 “Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

353 Ibid., Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 1-4, 26.

354 BEDOYA GIRALDO, Hubed de Jesús. Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 37, No. 107, 2007, p. 571-578.

355 MEDELLÍN BECERRA, Carlos Eduardo. La interpretatio iuris y los principios generales del derecho. Bogotá: Editorial Legis. 2015, p. 45.

pecialmente a los investigadores, obrar con suma cautela, para evitar causar perjuicios, de lo contrario, se impone la declaratoria de no conducencia por “violación del derecho de defensa y del debido proceso”³⁵⁶. Desde el sistema de fuentes³⁵⁷, el siguiente cuadro precisa las garantías procesales probatorias del proceso penal, destacándose la remisión a la Ley 1564 de 2012, siempre y “cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”³⁵⁸.

Cuadro 10. Garantías probatorias del proceso penal

Constitución Política de Colombia de 1991		
Ley 600 de 2000, artículos 232-243	Ley 906 de 2004, artículos 372-382 y 455	Ley 1564 de 2012, artículos 164-182
<i>Necesidad de la prueba:</i> No se puede proferir providencia de fondo sin la existencia de elementos de juicio recolectados en los tiempos procesales determinados por la ley, “que lleven a la certeza de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado”.	<i>Finalidad de los elementos de juicio:</i> “Llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, la existencia de los hechos y las circunstancias, así como de la responsabilidad del acusado, como autor o partícipe en la conducta investigada” ¹ .	<i>Necesidad de la prueba</i> (regular y oportunamente allegadas al proceso) para proferir cualquier decisión judicial, se deriva la licitud de estas y la nulidad de pleno derecho.
<i>Medios probatorios reconocidos:</i> inspección judicial, pericia, documental, testimonial, confesión y la indiciaria, siempre que se respeten los derechos fundamentales.	<i>Libertad probatoria,</i> siempre y cuando no viole los derechos humanos, “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso”; salvo que exista peligro de causar perjuicio indebido; sea probable que genere confusión, revista escaso valor probatorio o sea injustamente dilatoria.	<i>Reconocimiento de los medios probatorios</i> para la formación del convencimiento, siempre y cuando se preserven los principios, las garantías constitucionales” y las presunciones, siempre y cuando “los hechos en que se funden estén debidamente probados” y admitan prueba en contrario.

356 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-140 de 1993. MP. BARRERA CARBONELL, Antonio.

357 Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículos 232-243; Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 372-382 y 455; Ley 1564 (julio, 12, 2012), artículos 164-182.

358 Ibid., artículo 25. Integración. “En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales, cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”.

Constitución Política de Colombia de 1991		
Ley 600 de 2000, artículos 232-243	Ley 906 de 2004, artículos 372-382 y 455	Ley 1564 de 2012, artículos 164-182
<i>Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, en ejercicio de la investigación integral, para la determinación de la verdad real.</i>	<i>Prohibición de decretar la práctica de pruebas de oficio.</i>	<i>Decreto de prueba de oficio y a petición de parte, cuando sea útil para la verificación de los hechos.</i>
<i>Rechazo de las pruebas prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.</i>		<i>Rechazo de plano de las pruebas "ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".</i>
		<i>Carga de la prueba de las partes y la posibilidad de gravar a una de ellas, "según las particularidades del caso".</i>
	<i>Audiencia preparatoria como oportunidad probatoria para solicitar las pruebas que se practicarán en sede de juicio oral.</i>	<i>Oportunidad probatoria para solicitar, practicar e incorporar elementos de juicio.</i>
<i>Publicidad del juzgamiento, a excepción de la instrucción.</i>	<i>Publicidad de la prueba, salvo que el juez considere lo contrario, por razones de orden público o para preservar los derechos fundamentales.</i>	
<i>Validez de la prueba trasladada y las sentencias condenatorias proferidas en contra de colombianos en el exterior, sin necesidad de exequatur.</i>		<i>Validez de la prueba trasladada nacional e internacional y prueba extraprocesal "siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".</i>
<i>Búsqueda de asesores especializados cuando se requiera.</i>		

Constitución Política de Colombia de 1991		
Ley 600 de 2000, artículos 232-243	Ley 906 de 2004, artículos 372-382 y 455	Ley 1564 de 2012, artículos 164-182
<i>Aseguramiento de la prueba para evitar que sean alteradas, ocultadas o destruidas.</i>		
		<i>Posibilidad de desistir de las pruebas no practicadas que hubieren solicitado.</i>
	<i>Pertinencia, referida a la relación del elemento material probatorio con los hechos de la conducta.</i>	
	<i>Inmediación. El juez solo deberá tener como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia, la prueba de referencia es excepcional.</i>	<i>Inmediación en la práctica de las pruebas y <i>habilitación de hora</i> para su práctica.</i>
	<i>Contradicción, entendida como la facultad que les asiste a las partes de conocer e impugnar los medios de prueba presentados en el juicio y los practicados fuera de él.</i>	
<i>Apreciación de las pruebas de manera razonada, individual y en conjunto, bajo las denominadas reglas de la sana crítica.</i>	<i>Criterios de valoración probatoria: apreciación en conjunto, bajo los criterios establecidos para cada medio de prueba.</i>	<i>Apreciación de las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos y su motivación.</i>
		<i>Deber de probar las normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras; los usos y costumbres.</i>
		<i>La notoriedad de los indicadores económicos nacionales.</i>

Constitución Política de Colombia de 1991		
Ley 600 de 2000, artículos 232-243	Ley 906 de 2004, artículos 372-382 y 455	Ley 1564 de 2012, artículos 164-182
		<i>Declaración por intérprete, cuando la persona que va a declarar no tenga la posibilidad de hacerse entender.</i>

Fuente: construcción propia.

Se infiere, entonces, que al encontrarse las garantías procesales probatorias en la base de los ordenamientos, a manera de premisa mayor, estos condicionan las demás normas, al señalarle al intérprete los límites de su decisión, y a los intervinientes, el camino que deben transitar, susceptibles del control de convencionalidad por parte de la judicatura en su aplicación, dada su constitucionalización.

4.2. Ratificación de las garantías probatorias desde la jurisprudencia

En lo que tiene que ver con las garantías probatorias en materia penal, la Corte Constitucional refirió que su diseño se dio desde la Carta, con la observancia de fundamentales. Por ende, la búsqueda de la verdad y la justicia por parte de la Fiscalía decidida en sede jurisdiccional debe guardar el equilibrio “entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales”³⁵⁹. Con estas conjeturas, señaló que el sistema adoptado por el legislador de 2004 es un procedimiento de partes que demanda la participación del imputado, sin que se trate de una “inversión de la presunción de inocencia o de las cargas procesales que se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, a quien [ahora] le corresponde aportar elementos de juicio [necesarios] para confrontar los alegatos del acusador”³⁶⁰.

De esta manera, el principio de permanencia conocido en la Ley 600 de 2000, donde los elementos de juicio recolectados por la Fiscalía, desde las diligencias preliminares, eran válidos para proferir decisión de fondo, fue sustituido por el de “concentración e intermediación de la prueba, practicada en el juicio oral y pú-

359 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

360 Ibid.,

blico”, donde los elementos recolectados en esa instancia apenas sirven de soporte para imponer medida cautelar, pero no para proferir sentencia de condena³⁶¹.

De esta manera, la inmediación se finca en la necesidad de garantía de un juicio oral, lo más justo posible, donde el juez de la causa conozca y controle de manera directa la producción de los elementos de convicción y donde su convencimiento no se vea contaminado con ellos antes de iniciar el juicio; de esta manera, se pretende que su acercamiento a ellos sea de la forma más imparcial posible³⁶². Y en aplicación del principio de legalidad, “cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión de un delito”, el órgano de investigación penal tiene el deber de indagar e impulsar, en el mismo sentido, la acción, sin contar con el consentimiento de la víctima, salvo en los delitos querrelables³⁶³.

Sobre la contradicción señaló que encuentra respaldo en el apartado 29 de la Carta al disponer que “toda persona tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, así como a solicitar la nulidad cuando advierta la violación de la ritualidad procesal³⁶⁴. Y la excepción válida a la percepción directa tiene que ver con la prueba anticipada, bajo el entendido de que “asegura la vigencia del principio de igualdad de armas”, mediante el cual “las partes enfrentadas tienen la posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales³⁶⁵”.

Bajo esos supuestos, el derecho a la prueba implica el decreto, su práctica y evaluación en condiciones de publicidad, reconociendo que estos se refieren a las pruebas necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos³⁶⁶, lo cual implica el deber del juez de acceder o no a la solicitud de las pruebas solicitadas por las partes. También le implica el deber de determinar la pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad de los elementos que conlleven al

361 Ob. Cit., Sentencia T-205 de 2011, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.

362 Ibid.,

363 Ibid.,

364 Ibid.,

365 Ob. Cit., Sentencia C-536 de 2008. MP. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.

366 Ob. Cit., Sentencia C-496 de 2015. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio.

esclarecimiento de los hechos, así como a la definición de la responsabilidad o la ausencia de esta en cabeza del acusado³⁶⁷.

Por su parte, el derecho a que se evalúen las pruebas incorporadas al proceso por el juzgador³⁶⁸ impone la valoración de todo el material probatorio, de manera completa y exhaustiva, bajo las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, pues, de no hacerlo, incurrirá en el fenómeno conocido como la “vía de hecho”³⁶⁹, hoy denominado “causal de procedibilidad”³⁷⁰; mientras que la publicidad les impone a los funcionarios el deber de notificar a las partes la apertura de la etapa probatoria para garantizar una adecuada contradicción, pues, de no hacerlo, la actuación se torna en irregular, así como la regularidad de la prueba, la cual exige el deber de observar las reglas del debido proceso, so pena de nulidad de pleno derecho, por defecto procedimental³⁷¹. Así las cosas, la positivización y el reconocimiento jurisprudencial de las garantías procesales probatorias se erigen como verdaderos derechos fundamentales que conservan su jerarquía en el ordenamiento jurídico y sirven de apoyo argumentativo al justiciable; de ahí que la prueba sea reconocida como principio, de donde se desprenden las demás garantías, en cada una de las etapas del procedimiento, independientemente de la discusión acerca de si los principios constituyen normas morales, porque lo cierto es que se utilizan como parámetros de interpretación o normas jurídicas prevalentes sobre las demás por estar en el texto de la Constitución³⁷².

De lo anterior se infiere que, junto con el sistema de fuentes, y así no se mencione de manera expresa en la jurisprudencia, el derecho probatorio se reconoce como un derecho constitucional reforzado, comprendido por principios

367 Ob. Cit., Sentencias T-555 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio; y T-589 de 1999, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

368 Ob. Cit., Sentencia C-034 de 2014. M.P. VICTORIA CALLE, María.

369 Ob. Cit., Sentencias T-100 de 1998, T-555 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

370 Ob. Cit., Sentencia SU-659 de 2015. MP ROJAS RÍOS, Alberto. “El concepto de vía de hecho hace parte de un esquema más amplio de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, principalmente el derecho al debido proceso)”.

371 Ob. Cit., Sentencias T-920 de 2004. MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo; T-579 de 2006, M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.

372 ESTRADA VÉLEZ, Sergio, La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2011, p. 41.

y subprincipios que conllevan una serie de deberes de obligatorio cumplimiento con respecto a la administración de justicia, independientemente del capricho del servidor público y de las partes, susceptibles de control a través de los recursos de ley que tienden al restablecimiento de las garantías constitucionales quebrantadas. De esta manera se garantiza la labor demostrativa tendiente a la recreación de la situación fáctica y la reparación, para declarar el derecho como último fin del proceso, a través de la decisión de fondo.

4.3. El paradigma probatorio y la doctrina

De los anteriores acápite se advierte que el sistema de garantías se erige como postulados de obligatoria referencia para interpretar las distintas situaciones jurídicas de carácter procesal. Por ese motivo, sin desconocer la relevancia de otras autoridades³⁷³, ni las numerosas posturas que han alimentado el debate acerca de su naturaleza y sentidos que ofrece el vocablo³⁷⁴, se previene al lector sobre el consenso acerca de su existencia, más no sobre su enumeración.

En ese sentido, se advierte la preocupación de la doctrina por consagrar múltiples garantías en torno a la prueba, así, mientras que Falcón³⁷⁵ indica la presencia de nueve principios probatorios³⁷⁶; Nissimblat señala catorce³⁷⁷; Parra hace mención a dieciséis³⁷⁸; y Devis refiere la existencia de treinta y uno³⁷⁹. A su vez,

373 ALVARADO VELLOSO Adolfo, *La prueba judicial, Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, colección textos de jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2010 p. 1-157; Véase también AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual De Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo VI, Editorial Temis, 2015 p. 1-440; TARUFFO, Michelle. *La prueba: artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana, 2009. p. 1-316.

374 Expuestas por CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot 1994 p. 10; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ed. Ariel S.A., 1999, p. 190.

375 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 628 y ss.

376 GONZÁLEZ CASTRO, Manuel. *Principios y reglas que rigen la actividad probatoria*, 2008. Disponible en: www.institutoderechoprocesal.org/.pdf, consultado el 28 de enero de 2016, p. 3.

377 NISIMBLAT, Nattam. *Derecho Probatorio. Principios y medios de prueba en particular*. Actualizado con la ley 1395 de 2010 y la ley 1437 de 2011. Ed. Universidad Católica de Colombia. *Derecho Probatorio*, 2014, p. 128-149.

378 PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decimo octava edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada, 2011, p. 5-118.

379 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni–Editores, 2000, p. 31-47.

desde el punto de vista penal, Daza previene la existencia de ocho³⁸⁰, mientras que la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) los reduce a siete³⁸¹. El siguiente cuadro compara los seis enfoques doctrinales, desde donde se advierten las diferencias en cuanto al número y nominación de las garantías procesales que conforman el derecho probatorio.

Cuadro 11. Garantías procesales probatorias en la doctrina

FALCÓN	NISSIMBLAT	PARRA	DEVIS	DAZA	USAID
Necesidad		Necesidad	Necesidad		
Experiencia en materia probatoria			Prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez		
			Eficacia jurídica y legal	Eficacia	
Unidad		Unidad	Unidad		
		Comunidad	Comunidad		
			Interés público de la función de la prueba		
		Veracidad	Lealtad y probidad o veracidad		
	Contradicción	Contradicción	Contradicción	Contradicción	
		Igualdad	Igualdad		
Publicidad	Publicidad	Publicidad	Publicidad	Publicidad	
		Formalidad y legitimidad	Formalidad y Legitimidad		Legalidad
			Legitimación		
			Preclusión		
	Inmediación	Inmediación	Inmediación	Inmediación	Inmediación
			Imparcialidad del juez en la dirección y apreciación		
	Originalidad		Originalidad		

380 DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Principios del régimen probatorio en el marco del sistema procesal penal en Colombia. En: *Principia Iuris*, Colombia: Tunja, Universidad Santo Tomás, No 17, enero -julio 2012, p.229-243.

381 COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, Módulo IV para defensores públicos, 2008 p. 9-17.

FALCÓN	NISSIMBLAT	PARRA	DEVIS	DAZA	USAID
	Concentración		Concentración	Concentración	Concentración
Libertad	Libertad	Libertad	Libertad		Libertad
	Pertinencia		Pertinencia	Pertinencia	
	Conducencia		Conducencia		
	Utilidad		Utilidad		
			Naturalidad o espontaneidad		
		Licitud	Licitud	Exclusión de la prueba ilícita	
			Obtención coactiva de los medios		
	Inmaculación		Inmaculación		
	Valoración en conjunto–sana crítica	Libre apreciación	Evaluación o apreciación		
			Carga de la prueba		
	Autorresponsabilidad	Autorresponsabilidad	Autorresponsabilidad		
			Oralidad en la práctica		
Adquisición	Dispositivo		Inquisitivo en la obtención		
			No disponibilidad e irrenunciabilidad		
			Gratuidad		
Investigación de la verdad	Duda probatoria				
Favor <i>probatōnis</i>					
Aplicación de las reglas científicas		Reglas de la experiencia en la valoración			
					Presunción de inocencia
					Derecho a guardar silencio

FALCÓN	NISSIMBLAT	PARRA	DEVIS	DAZA	USAID
					Doble instancia
		Persuasión judicial			
		Separación del investigador y del juzgador			
		Derecho a la prueba			

Fuente: construcción propia.

Del cuadro 11 se advierte la preocupación de la doctrina por consagrar múltiples garantías en torno a la prueba, las cuales, dada la trascendencia que revisten en el plano procesal, no es conveniente sintetizar; por el contrario, en aras de ampliar el marco axiológico sobre el cual gravita el proceso penal, y en gracia de discusión, se intentará condensarlas en treinta, al considerarlas fundamentales para preservar el conjunto de derechos que conforman el objeto de estudio. A continuación, se desarrollará cada una.

- Agotamiento de las etapas procesales. El proceso es considerado una sucesión de actos preclusivos; significa lo anterior que, agotada una etapa, no se puede retroceder a no ser que prospere una nulidad que obligue a retrotraer la actuación. En materia probatoria se aplica el mismo criterio, pues, agotado el turno, de acuerdo con la ritualidad procesal establecida, no se puede retroceder³⁸².
- Aplicación de las reglas de la vida en la valoración probatoria. En la misma línea se encuentran las denominadas reglas de la experiencia a las que de manera consciente o inconsciente se acude en el proceso de aquilatamiento. Hacen parte de la sana crítica, como sistema de valoración probatoria. Se trata de reglas que, junto con los “principios de identidad, contradicción, razón suficiente y del tercero excluido”³⁸³, así como las reglas científicas de la prueba

382 DEVIS, Ob. Cit., p. 52.

383 DI CASTRO STRINGHER, Elisabetta, *Conocimientos Fundamentales de Filosofía*. Volumen I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Mac Graw Hill, 2006, p. 11-14. “Principio de identidad: Todo objeto es idéntico a sí mismo (“A es A”); principio de identidad de contradicción: es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido (“es imposible que A sea B y no sea B”); principio de identidad de razón suficiente: todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique; principio de identidad del tercero excluido. Todo tiene que ser o no ser (“A es B” o “A no es B”).”

relacionadas en el numeral anterior, y la obligación de fundamentar la sentencia de manera racional, se constituyen en un aval adicional, en razón a que sus conclusiones deberán ser fundamentadas y susceptibles del control democrático a través de los recursos de ley³⁸⁴.

- Comparecer y guardar silencio. En palabras de Montero³⁸⁵, el hecho de que la defensa material esté obligada a comparecer cuantas veces sea citada o conducida por orden judicial, no significa que deba declarar. Lo que se deriva del derecho a guardar silencio es que no se le puede imponer la carga de declarar. Así mismo, el juez no puede extraer consecuencias negativas de su silencio, lo cual se extiende a su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad³⁸⁶.

Pero existen ciertas situaciones que no están cobijadas por ese derecho, y constituyen medio de prueba, como la inspección corporal³⁸⁷, el registro personal³⁸⁸, la obtención de muestras que involucren al imputado³⁸⁹, cuando no exista el consentimiento del afectado, previo aval del juez de garantías, y los documentos con contenido incriminatorio³⁹⁰, eventos en los cuales el implicado debe estar acom-

384 GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. En: Revista Chilena de derecho, Vol.33, N.1, 2006, p. 93-107.

385 MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1997, p. 157.

386 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 385.

387 Ibid., artículo 247. "Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana".

388 Ibid., artículo 248. "(...) salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona. Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor".

389 Ibid., artículo 249. "Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafo técnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas..."

390 Ibid., artículos 424 y 426.

pañado de la defensa técnica para garantizar sus derechos fundamentales a la dignidad e intimidad³⁹¹.

La Corte Constitucional defiende el derecho a la no autoincriminación, y pese a que en el actual sistema de enjuiciamiento colombiano no se establece una posición jurídica pasiva de la defensa, la prohibición de “declarar contra sí mismas o contra sus allegados” implica la potestad de guardar silencio y “utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa”, las cuales no se extienden hasta la comisión de “conductas fraudulentas u obstructivas”, porque la protección “se orienta a evitar que la decisión adversa provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral”; de ahí que carezca de consecuencias negativas y no se pueda tomar como un indicio en contra; situación que varía si la sentencia fue proferida con fundamento en elementos distintos, esto es, al no estar en la órbita de la garantía fundamental, porque la no autoincriminación carece de relevancia jurídica³⁹².

En este evento existe la obligación de respetar el principio de proporcionalidad con el fin de evitar el resquebrajamiento de los derechos de quien se presume inocente; de lo contrario, deberá ser excluido del material probatorio³⁹³.

De acuerdo con esto, Chiesa destaca que se pueden presentar situaciones donde el inculcado abandone el privilegio de no auto imputarse, pero luego resuelve no hablar: esto es que si como consecuencia de haber concertado con

391 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621 de 1998. MP. HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio; Véase también, Sentencia C-258 de 2011, MP. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo. “El silencio voluntario del individuo se constituye en un derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso [...] pues con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso, [esto es que] ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia [por ende], es al Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o inculpar a sus allegados”.

392 Ibid.,

393 Ob. Cit., Sentencia C-822 de 2005, MP. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ.

la Fiscalía declarar, luego invoca su derecho fundamental a guardar silencio, se procederá a dejar sin efectos la alegación preacordada y a procesarlo por el delito correspondiente; o si en la preparatoria se anunció que declararía, pero en el juicio oral decide guardar silencio, procederá la garantía constitucional antes de su declaración. Pero si el acusado rinde su testimonio mediante interrogatorio, en razón a que renunció al derecho a permanecer en silencio, pero en el contrainterrogatorio decide guardar silencio e invocar su derecho fundamental, considera, deberá contestar las preguntas³⁹⁴.

- Confirmación del imperio de la ley. La legalidad le deriva a la defensa una serie de posibilidades, como las de acceder a un “juicio público, oral, contradictorio y concentrado”³⁹⁵; solicitar, conocer y controvertir las pruebas³⁹⁶; obtener el control de legalidad formal y material de los actos de investigación y de prueba³⁹⁷; y solicitar la inadmisión, el rechazo y la exclusión de los medios de prueba por ser inconducentes, impertinentes, innecesarios, repetitivos o inútiles, por estar orientados a demostrar hechos que no lo requieren³⁹⁸.

En este sentido, determina la interpretación normativa que deben orientar las decisiones, en razón a que les otorga prevalencia a las garantías constitucionales sobre el plexo normativo³⁹⁹; limita el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas, como la prueba de referencia y la prueba anticipada,⁴⁰⁰ y se constituye en un criterio para la valoración probatoria⁴⁰¹. En otros términos, implica la sumisión de todos los intervinientes al ordenamiento jurídi-

394 CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio (reglas de evidencia de Puerto Rico y federales). Tomo I, Publicaciones JTS, 1998, p. 208.

395 COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos al Proyecto de Acto Legislativo 237, 2002, el cual se convirtió en el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual reformó, entre otros, los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

396 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-617 de 1996, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

397 BEDOYA, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación 2008. p.45.

398 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 359; Véase también CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2008, p. 83 y 84.

399 Ibid., Cfr. artículo 25.

400 Ob. Cit., Constitución Política, 1991, artículo 6; Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 27.

401 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 276.

co⁴⁰², entendido en sentido amplio⁴⁰³; por ende, su inobservancia afecta y condiciona su procedencia y eficacia.

- Conocimiento oportuno de la evidencia. Si el proceso es un juego dialéctico donde la parte tiene la oportunidad de conocer, probar y alegar y, en el mismo sentido, la contraparte tiene la posibilidad de conocer, contraprobar y contra alegar, sustentado en el conocimiento de los hechos y de los elementos de juicio, la contradicción implica el conocimiento de lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio, para tener la posibilidad de actuar, de acuerdo con las posibilidades y realidades procesales y probatorias.

Se deriva del derecho a la prueba y su controversia, variable del derecho de defensa y desarrollo del principio de igualdad, que prohíbe el ingreso al proceso de pruebas obtenidas en forma subrepticia o a escondidas de la contraparte, razón por la cual se constituye en requisito *sine qua non* su presencia para que pueda ser valorada⁴⁰⁴.

- Cumplimiento del estándar probatorio para proferir sentencia de condena. Es deber de la Fiscalía ofrecer suficiente material probatorio para alcanzar el grado de certidumbre exigido por la ley que le permita al juez proferir sentencia de carácter condenatorio, porque, en caso de incertidumbre, se aplicará la regla de juicio según la cual la duda probatoria favorecerá al reo.

El punto neurálgico surge entonces cuando la defensa, en virtud de la regla de conducta, no logre desvirtuar las pruebas que militan en su contra, pues la duda no se resolverá a su favor, tema que también será objeto de análisis en el siguiente capítulo, donde se desarrollará la problemática que acarrea el desplazamiento de la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa, por cuenta del apotegma de la contribución diligente de la prueba.

- Difusión de la prueba. Superada la etapa de la inquisición, hoy no se conciben procesos secretos a espaldas del procesado, pero puede limitarse prudencialmente el conocimiento de las diligencias para la defensa desde la fase prelimi-

402 FLORES MATIES, José. Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal. Temas 1 a 31. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 439.

403 Esto es, que hacen parte del ordenamiento jurídico la Constitución Política (artículo 4), los tratados internacionales que integran el sistema de fuentes (artículos 3, 93 y 276 de la Ley 906 de 2004).

404 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-880 de 2005, MP CORDOBA TRIVIÑO, Jaime.

nar hasta la audiencia de acusación, etapa donde existe el deber de la Fiscalía de descubrir las evidencias materiales y personales que pretenda hacer valer en sede de juicio, con la advertencia de que se puede limitar el acceso al público por razones de seguridad. Implica entonces el conocimiento de causa y la posibilidad de intervenir en el debate probatorio, para que el contradictorio sea una realidad⁴⁰⁵.

- Dinámica en la búsqueda y fijación de los hechos. No se concibe un proceso penal sin elementos de juicio que soporten el proceso de fijación de los hechos; es decir, el proceso necesita de acciones de búsqueda y verificación, de lo contrario, el ejercicio dialéctico sería una ficción, un monólogo donde el Estado, a través de la Fiscalía, tendría la última palabra y el juez sería un mecánico del derecho, quien se limitaría a aplicar la sanción solicitada⁴⁰⁶.
- Disponibilidad jurídica de los elementos probatorios. De manera tradicional, la comunidad de la prueba se ha entendido como la pérdida de la disponibilidad jurídica del medio probatorio luego de haber sido ofrecida y aceptada por el funcionario. En materia penal⁴⁰⁷, este principio obliga a su reinterpretación, porque, a diferencia de los demás modelos procesales como el civil⁴⁰⁸, el laboral⁴⁰⁹ o el contencioso administrativo⁴¹⁰, se permite la disponibilidad jurídica del medio al poder cambiar el orden propuesto y desistir de su práctica, dependiendo el curso del proceso y la particular teoría del caso, pero se debe tener en cuenta la etapa procesal en la que se encuentre, porque en el evento de haberse practicado, el medio será sometido a las reglas de valoración probatoria⁴¹¹.
- Eficacia jurídica y legal de la prueba. La finalidad de obtener una pronta y cumplida administración de justicia con fundamento en los medios probatorios adecuados para llegar a la conclusión de la existencia o inexistencia del hecho pretendido, dentro de los términos razonables ajustados a los postulados del debido proceso, es lo que se conoce como la eficacia de la prueba, aspiración

405 Ob. Cit., DEVIS, 2000, p. 50.

406 DEVIS, Ob. Cit., p. 43.

407 Ob. Cit., Ley 906 (agosto, 31, 2004).

408 Ob. Cit., Ley 1564 (julio, 12, 2012), por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso.

409 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto-ley 2158 (junio, 24, 1948), Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

410 Ob. Cit., Ley 1437 (enero, 18 2011), por medio de la se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

411 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 380.

posible siempre y cuando se observen el conjunto de garantías y el sistema de fuentes.

- Equilibrio procesal. En materia procesal, el juez es el único imparcial en la dirección y justiprecio de la evidencia, a diferencia de los sujetos procesales, entendidos por fiscalía y defensa, quienes tienen interés directo en el resultado del proceso dado el carácter adversarial del mismo⁴¹². En ese sentido, debe estar desprovisto de cualquier simpatía o antipatía por cualquiera de las partes, porque el ánimo que lo motiva debe ser la comprobación de los hechos bajo los parámetros de la ley procesal penal, en armonía con los tratados de derecho internacional. Al detallar los pormenores del sistema procesal penal, la Corte Constitucional refirió que este se sustenta en el principio acusatorio o “*nemo iudex sine actore*”, de donde surge la diferencia entre los servidores comisionados de instruir y sentenciar, para ajustarse a las exigencias internacionales en temas de imparcialidad⁴¹³, en aras de procurar un juicio más justo⁴¹⁴.

Bajo esta óptica, el equilibrio se refiere a la probidad y autonomía del servidor para que no tome partido de manera intencional en contra o a favor de alguna parte ni en torno al tema objeto de decisión. Esto, en pro de que el proceso esté rodeado de garantías en aras de evitar la presencia de la duda razonable⁴¹⁵. Otra manifestación del principio se encuentra vertida en la norma 361 de la Ley 906 de

412 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-260 de 2011, PALACIO PALACIO, Jorge Iván y T-582 de 2014, MP. CALLE CORREA, María Victoria. “Respecto del Ministerio Público y la víctima, la Corte los ha posicionado como “sujetos especiales”; respecto del primero, en razón a que las funciones que desempeña “las ejercita en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, en coherencia con el numeral 7° del artículo 277 constitucional” no como parte o interviniente, y de la segunda, por la naturaleza del proceso adversarial reduce su facultad de participación directa, de lo contrario alteraría la estructura “del sistema penal, y menoscabaría otros derechos o principios como el de igualdad de armas”.

413 Especialmente, el PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, relativo a las garantías Judiciales que debe tener toda persona en un proceso penal (artículo 8°); la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (artículo 10°); el PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (art. 14-1); la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES DEL HOMBRE (artículo 26); CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (artículo 8-1).

414 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

415 Ob. Cit., Sentencia C-762 de 2009, MP. HENAO PEREZ, Juan Carlos, En cita a FERRAJOLI, resalta “que éste no tenga ni siquiera un interés público o institucional, que no tenga un interés acusatorio, como ocurre en el proceso de inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto...” (FERRAJOLI Luigi, Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001, p. 582).

2004, la cual le impide al servidor con funciones de juzgamiento ordenar pruebas de oficio⁴¹⁶.

- Facultades oficiosas probatorias en sede preliminar. Cuando sea necesario asegurar los medios de prueba, porque existe peligro de desaparición, transformación o manipulación de los elementos que puedan incidir en su originalidad, el juez puede obtener de manera coactiva los medios materiales de prueba. Lo anterior implica ordenar allanamiento de inmuebles, acceso a archivos, obtener muestras corporales, conducir a testigos para que comparezcan al proceso; en fin, imponer ciertas coacciones para su obtención en aras de que, en el mismo sentido, puedan ser presentados y exhibidos en sede de audiencia para su posterior valoración⁴¹⁷.
- Fidelidad de la prueba. Obrar sin temeridad o mala fe, aportar las pruebas exentas de malicia y ceñirse de manera estricta a lo sucedido es un deber de las partes con respecto a la administración de justicia; así pues, la lealtad es el comportamiento requerido al interior del proceso. De manera consecuente, es deber de los testigos narrar de manera objetiva lo percibido, sin inclinaciones, simpatías o antipatías por alguna de las partes; los documentos, como medio histórico, deberán contener realmente los hechos acaecidos; los peritos y auxiliares, al igual que los testigos, actuarán con imparcialidad, porque lo que se busca es reconstruir el pasado de una manera objetiva, para corroborar o infirmar la particular teoría⁴¹⁸.
- Gratuidad del trámite procesal. Los procesos penales se caracterizan por la no generación de costos, porque estos los asume el Estado⁴¹⁹. A nivel probatorio sucede lo mismo, porque la defensa tiene la posibilidad de acudir al Instituto de Medicina Legal para que lo auxilie⁴²⁰; no obstante, se le deja en libertad para que acuda a los organismos de carácter privado para la consecución de elementos y evidencia que considere útiles para sacar adelante su particular teoría.

416 Ob. Cit., Sentencia C-396 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo. “El sistema de “igualdad de armas, [...] se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, quien no sólo está impedido para practicar pruebas, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración [...], y la pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado, para garantizar la imparcialidad objetiva del juez”.

417 Ibid. p. 57.

418 Ibid., p. 6.

419 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 13.

420 Ibid., Cfr. artículo 204. “El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, [...] prestará auxilio y apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por [...] el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten”.

Es un tema que reviste dificultad, porque los costos que genera el ejercicio de la defensa privada para controvertir los organismos de policía judicial del Estado hacen que verdaderamente sea un reto para la defensa su ejercicio eficaz; además, porque desde el punto de vista estratégico, resulta insólito acudir ante los mismos organismos del Estado, que respaldan los elementos de convicción de la Fiscalía, para desvirtuarlos.

- Igualdad procesal. Todos los actos se sustentan en la igualdad de oportunidades procesales. El juez debe procurar que esto sea una realidad, sin preferencias por alguna de ellas; en este sentido, la Ley 906 de 2004 buscó mejorar el equilibrio procesal, en comparación con la Ley 600 de 2000, al fortalecer el sistema de partes, equiparar la Fiscalía con la defensa y restarle los poderes de tipo jurisdiccional que tenía el ente acusador.

Lo anterior porque bajo esa legislación, en la fase instructiva, la Fiscalía tiene la posibilidad de valorar la prueba recaudada y adoptar las medidas cautelares que considerare pertinentes en contra de la libertad de los sujetos, y porque en sede de juzgamiento se convierte en parte cuando sustenta y defiende la acusación, mientras que, bajo la óptica de la Ley 906 de 2004, desde el inicio de las diligencias la Fiscalía es un sujeto procesal con deberes y cargas procesales similares a las de la defensa.

- Interés de la parte en el suministro de los medios de convicción. Como las partes tienen libertad de asumir comportamientos al interior del proceso, la regla general es la autorresponsabilidad en el suministro de los elementos de juicio, de acuerdo a sus fines; lo anterior indica que, en el evento de incumplimiento, la consecuencia será la pérdida de oportunidad del derecho por su inactividad⁴²¹.
- Intervención directa del juez en la producción de la prueba. La comunicación directa del juez con los intervinientes es conocida como inmediatez, y es presupuesto necesario para valorar los elementos de juicio⁴²². Bajo este supuesto, solo se considera prueba la que se incorpora de conformidad a las formas de la discusión en el proceso y ante el examinador de conocimiento⁴²³, con excep-

421 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2011. MP. HENAO PÉREZ, Juan Carlos.

422 MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2ª edición. Argentina: Editorial Hammurabi, 2003, p. 57.

423 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 16 y 379.

ción de la prueba anticipada⁴²⁴ y la prueba de comentario; considerada como toda declaración realizada fuera del juicio oral utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, o cualquier otro aspecto objeto de debate cuando no sea posible practicarla en el juicio⁴²⁵.

La inmediación implica el derecho a conocer⁴²⁶ y estar informado⁴²⁷ desde las audiencias preliminares⁴²⁸; por ende, su omisión genera un comportamiento opuesto a la ética y a la franqueza procesal⁴²⁹. Lo anterior indica la facultad de confrontar de manera directa los actos procesales y los medios probatorios⁴³⁰, a través del interrogatorio y el contrainterrogatorio⁴³¹, a impugnar la credibilidad de los testigos⁴³², a objetar⁴³³ e impugnar cuando se inadmitan, excluyan o rechacen pruebas⁴³⁴.

Hoy es considerada el corazón de los procesos regidos bajo el sistema de la oralidad, pues no se concibe la producción de ningún acto procesal o probatorio sin la presencia de las partes y del titular del despacho, quien preside y orienta toda la actividad. Implica la participación y percepción de los intervinientes en las diferentes audiencias y, en materia probatoria, el contacto directo del juez con el medio de prueba porque finalmente es él quien va a admitir, negar y/o apreciar el mérito probatorio.

- Libre albedrío del medio como presupuesto de admisibilidad. En el sistema penal de hoy, la libertad probatoria es una constante que solo encuentra límites en el respeto por la honra; por ende, no son admisibles los medios invasi-

424 Ibid., Cfr. artículos 16 y 284.

425 Ibid., Cfr. artículos 379 y 437.

426 Ibid., Cfr. artículos 15, 125-4 y 378.

427 Ibid., Cfr. artículos 15, 125-3, 344 y ss.

428 Ibid., Cfr. artículos 297-2 y 288-2, y 8.

429 MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1997, p. 143.

430 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 378.

431 Ibid., Cfr. artículos 125 y 393.

432 Ibid., Cfr. artículo 403.

433 Ibid., Cfr. artículo 362.

434 Ibid., Cfr. artículo 359 y 363.

vos en contra de la voluntad de las personas, ni los que ofrezcan poca seriedad o base científica demostrativa⁴³⁵.

Por el contrario, se admiten las publicaciones científicas y la prueba novel, la cual se orienta a la presentación de elementos de juicio que tiendan a reevaluar los viejos paradigmas, siempre y cuando tenga aceptación, esto es, “que la teoría o técnica haya sido o pueda ser verificada; haya sido publicada y recibido la crítica [pertinente]; se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial, y goce de aceptabilidad en la comunidad académica”⁴³⁶. En otros términos, para la demostración de los hechos permite que se pueda acudir a cualquier medio, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales y se den los presupuestos generales de pertinencia y conducencia necesarios para su admisibilidad.

- Medio de convicción impoluto. Al igual que la naturalidad y la originalidad, el medio probatorio debe ser inmaculado, esto es, desprovisto de cualquier vicio o manipulación que pueda inducir al error, tanto a la contraparte que se exhibe como al juez que la valora; de lo contrario el proceso dialéctico de acción y reacción estaría viciado, porque el ejercicio de valoración se sustenta sobre la base que los elementos de convicción corresponden con lo que realmente ocurrió, esto es, libre de vicios que puedan afectar su credibilidad⁴³⁷.
- Método analítico en la valoración de la prueba. La prueba recaudada deberá ser objeto de análisis individual y en conjunto por formar una unidad; lo anterior implica verificar nuevamente los requisitos extrínsecos e intrínsecos del medio e integrar este con los demás elementos recaudados al interior del proceso, para determinar su idoneidad⁴³⁸.
- Nulidad e inexistencia de la prueba. La ritualidad y normatividad que contiene el trámite procesal y probatorio es considerada de orden público y de obligatorio cumplimiento; por ende, los intervinientes deben observar la formalidad exigida en la norma, lo cual legitima las actuaciones desde el plano de la validez, de ahí que su incumplimiento acarree la nulidad de lo actuado⁴³⁹ y, en

435 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 373. “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

436 Ibid., artículo 422.

437 Ob. Cit., DEVIS, 2000, p. 58.

438 Ibid., p. 45.

439 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículos 23 y 455.

casos extremos, la inexistencia. En ese sentido, se afirma que todo elemento de juicio obtenido transgrediendo el ordenamiento constitucional será considerado nulo y excluido del proceso; no obstante, el legislador ha establecido algunos criterios para determinar cuándo una prueba derivada de otra puede ser aceptada o no⁴⁴⁰.

- Objetividad y veracidad de la prueba. La prueba hace posible el juzgamiento de las personas bajo los estándares establecidos por el juzgador en condiciones de igualdad. Bajo este entendido, la función de la prueba tiene un interés público al concederle a la sociedad el derecho a conocer los hechos sometidos a conocimiento de las autoridades que administran justicia, de una manera objetiva y veraz.
- Objetividad de la prueba. Los ciudadanos tienen derecho a que se les protejan sus derechos, y el Estado, la obligación de dar respuesta de manera objetiva y veraz a sus requerimientos; por ese motivo, los jueces tienen el deber de orientar su actividad de manera imparcial hacia la búsqueda de la verdad. Igualmente, deben garantizarles a las víctimas el acceso a la información tendiente a la protección de sus derechos y a conocer las circunstancias del injusto⁴⁴¹.

Por su parte, el Ministerio Público debe velar porque las decisiones judiciales se ajusten a la verdad y la justicia; igual obligación le asiste a la Fiscalía cuando decide presentar la acusación⁴⁴². En el mismo sentido, toda persona que comparezca a deponer tiene el deber de sinceridad y de narrar lo que le conste, razón por la cual se tiene prevista una amonestación previa acerca de las consecuencias penales a las que se hacen merecedores quienes declaren falsamente o incumplan lo prometido, dada la importancia moral y legal del acto⁴⁴³.

Cuando el acusado decida declarar lo hará como testigo, esto es, se le tomará el juramento sin que tenga consecuencias penales adversas, de lo cual será infor-

440 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, MP. VARGAS HER-NÁNDEZ, Clara Inés. “El primero se refiere al vínculo atenuado, y se apoya en el principio de buena fe, para sostener que la prueba ilícita es admisible, cuando el vínculo que la una con la derivada es tan tenue que la hace casi imperceptible; la fuente independiente, indica que “si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso” y el descubrimiento inevitable, considera que “la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”.

441 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículos 1, 8, 13 y 25.

442 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

443 Ob. Cit., Sentencia C-782 de 2005, MP. BELTRAN SIERRA, Alfredo.

mado. También se le informará del derecho a no auto incriminarse y a guardar silencio, sin que de su silencio o la negación a dar respuesta se puedan derivar efectos adversos⁴⁴⁴. Corolario de lo anterior, el derecho a conocer la verdad es una obligación del Estado tendiente a brindar la posibilidad de saber qué fue lo que realmente ocurrió. Así mismo debe manifestar la verdad todo aquel que sea interrogado sobre los hechos que le consten y los documentos que aporte. Esto es, que se acepta la verdad por correspondencia, bajo el entendido de que lo que se exhiba o diga corresponda con lo que realmente ocurrió⁴⁴⁵.

- Pasividad oficiosa en sede de juzgamiento. Con ocasión de la Ley 906 de 2004 la prueba de ofició varió porque, a diferencia de la Ley 600 de 2000, se prohíbe su decreto por parte del juez de la causa⁴⁴⁶, pero no por parte del juez de garantías, quien mantiene las facultades oficiosas en la obtención de los medios probatorios. Se relaciona directamente con el principio de obtención coactiva de los medios materiales de prueba cuando sea necesario asegurar algún medio probatorio.

Como las funciones constitucionales de la Fiscalía son las de investigar, perseguir y acusar⁴⁴⁷, para perfeccionar la investigación, desde el punto de vista inquisitivo en la obtención de la prueba, tiene la posibilidad de solicitarle al juez de garantías que autorice la limitación de ciertos derechos fundamentales con el fin de cumplir sus funciones constitucionales y obtener el elemento necesario. Igual facultad tiene la defensa bajo el entendido de que, tratándose de un sistema de partes, puede solicitar la obtención y el aseguramiento del medio que considere útil para sus intereses⁴⁴⁸.

- Prelación de la forma oral sobre la escrita. Aunque hoy sea común hablar de oralidad en la práctica de la prueba, no siempre fue así, y tampoco todo el proceso es oral, debido a la mixtura del sistema (parte oral y escrita). Con anterioridad, la pretendida oralidad se traducían en el dictado del testigo ante un funcionario, quien, en el mejor de los casos, copiaba literalmente lo expresado

444 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 394.

445 ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. En: Acta Académica, Órgano de la Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica: No. 54, 2014, p. 147-186.

446 Ibid., Cfr. artículo 361.

447 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículo 250.

448 DEVIS, Ob. Cit., p. 60.

de manera verbal, porque, de lo contrario, extraía la idea de lo declarado, lo cual se derivaba en que tergiversaba la declaración⁴⁴⁹.

La Ley 906 de 2004 va a la vanguardia con la modernización de los despachos judiciales, porque la declaración que antes era escrita se convirtió en declaración oral, para dar fluidez y espontaneidad. En efecto, en la búsqueda de esa finalidad, se pasó a la grabación en video y/o audio; lo importante es que se haga en sede de audiencia y en presencia del titular del despacho (por ser la persona que se va a pronunciar sobre los efectos de la declaración).

- Prevalencia de las garantías fundamentales. No existe una línea clara que divida los conceptos de ilicitud e ilegalidad, máxime cuando el debido proceso es de carácter constitucional y legal; no obstante, se acepta que el primero se refiera a la vulneración de garantías fundamentales para la obtención de los medios probatorios, especialmente, aquellos que atenten contra la dignidad e intimidad de las personas, porque, de ser así, el remedio procesal será la exclusión de los medios probatorios obtenidos de esa manera. En ese sentido, la intimidad es un derecho que hoy ocupa la atención, en razón a que la tecnología ha facilitado y popularizado los medios invasivos, como las grabaciones sin autorización, utilizadas en ocasiones con fines extorsivos o, en su defecto, para dañar el buen nombre de las personas y la presunción de inocencia, sacando a la luz aspectos de la vida íntima, de manera tergiversada y fuera de contexto, para lo cual resulta interesante en este punto la conjetura del producto del arbusto envenado, según la cual “si un árbol se emponzoña, todos los frutos que den sus ramas también estarán corrompidos⁴⁵⁰”, es decir que la prueba derivada de la ilícita también correrá la suerte de la principal.
- Producción probatoria y argumentativa concentrada. En sentido institucional, el concepto de justicia se asimila a la prontitud y eficacia con la que la administración de justicia debe resolver los casos sometidos a consideración⁴⁵¹;

449 Ibid. p. 60.

450 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 227 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo, quien a su vez se basó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Nix Vs. Williams, 467, U.S. 431 (1984), y la sentencia de la Corte Constitucional, C-591 de 2005, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

451 PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en KANT, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. En: Universidad Iberoamericana. 2005, p. 211-234. Sobre el término justicia Ponce ilustra la pluralidad de acepciones utilizadas desde lo ético, con las creencias morales; lo jurídico, con la concordancia del acto con el sistema legal al que pertenece, e institucional, con la administración judicial del sistema jurídico.

es una aspiración derivada de la necesidad, toda vez que la prueba y el debate argumentativo deben ser producidos en una sola etapa, de manera preferente en un mismo día⁴⁵², pero esto solo se hace posible si el proceso se adelanta sin solución de continuidad para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el paso del tiempo.

La concentración pretende valorar el material probatorio en un tiempo prudencial, para que lo advertido por el juzgador en virtud de la inmediación no se diluya, el proceso se tramite en el menor tiempo posible y, en lo posible, se realice con el mismo funcionario⁴⁵³. Hoy se aspira que los términos procesales sean de obligatorio cumplimiento, pero la realidad indica lo contrario debido a la sobrecarga laboral, donde solo se cumplen cuando la persona se encuentra cobijada con medida de aseguramiento, so pena de que se tipifiquen conductas en contra de los funcionarios que van desde lo penal, por prolongación ilícita de la libertad⁴⁵⁴, desconocimiento del habeas corpus⁴⁵⁵, hasta sanciones de tipo disciplinario⁴⁵⁶, como el simple llamado de atención hasta la destitución del cargo.

- Propiedad de la solicitud. Es consecuencia de lo anterior, en razón a que la actividad de las partes dentro del proceso penal debe estar legitimada para solicitar las evidencias que consideren pertinentes y conducentes, de acuerdo con sus intereses; quiere decir lo anterior que para la defensa y la fiscalía obran criterios que legalizan su actividad probatoria, dada su importancia y sensibilidad ante el poder del Estado que, en ocasiones, se ve afectada⁴⁵⁷.
- Reconocimiento de la prueba científica al interior del proceso. En ocasiones basta con invocar la existencia de las pruebas científicas basada en leyes universales o probabilísticas para que las pruebas gocen de cierta fiabilidad y la decisión probatoria sea concluyente, o por lo menos, en alto grado, pero se

452 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 17 y 454.

453 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL sentencia, Sentencia T-205 de 2011, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.

454 Ob. Cit., Ley 599 (julio, 24, 2000), artículo 175. “El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en...”.

455 Ibid., artículo 177. “El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en...”.

456 Ob. Cit., Ley 734 (febrero, 5, 2002), artículo 35.

457 CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: El caso del agua en México. México: UNAM, 2000, p. 199. O como lo definiera PAILARES: “es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o [...] tercero, o representando a éstos”. (Tomado de Paliare. Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 2a. edición, México. Porrúa. 1960, p. 467).

debe tener cuidado porque su valor depende del cumplimiento de requisitos que las hagan válidas y sus resultados sean interpretados de manera correcta; por ese motivo, pese a la importancia de las reglas científicas, estas no actúan como sucedáneas, sino como complemento de la misma en el proceso de formación del convencimiento⁴⁵⁸.

- Relación del medio de prueba con la teoría del caso. No basta que la prueba se relacione con el tema de prueba, es necesario que esta sea de utilidad en el proceso demostrativo. En este sentido, cuando el juez decreta la prueba solicitada por las partes, debe estar atento para evitar que se incorporen pruebas inútiles, que tiendan a dilatar el curso del proceso, razón por la cual las partes tienen la carga argumentativa de manifestar que el medio de prueba no está prohibido por la ley y que se relaciona con el tema de prueba. Igualmente, deben indicar su utilidad frente al proceso y, de manera especial, con su particular teoría. En otras palabras, debe tener la capacidad “para demostrar o refutar la hipótesis fáctica planteada”⁴⁵⁹.
- Relación del medio de prueba con el tema de prueba. Hace alusión a la pertinencia, esto es, solo aquello que interesa demostrar al interior del respectivo proceso, por constituir los hechos sobre los cuales versa el debate⁴⁶⁰; en otros términos, que los hechos ciertos y determinados que deban ser materia de prueba tengan relación directa con el problema jurídico.
- Relación del medio de prueba con la ley y la dignidad. La relación del medio de prueba con la ley se ha entendido como la conducencia, pero se tiende a confundir con la pertinencia, porque se utilizan como sinónimos, en el sentido de que el medio probatorio conduce a la demostración del hecho tema de prueba. Para fines prácticos, lo importante es que tanto el medio de prueba o la evidencia demostrativa que se quiera incorporar se relacione de manera directa con el tema de prueba, y no sea contrario a la ley o la dignidad⁴⁶¹.

458 GASCÓN ABELLÁN, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 15, 2007. Recuperado de <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>, el 13 de mayo de 2018, p. 1-12.

459 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, auto interlocutorio del 18 de abril de 2017. MP. ACUÑA VIZCAYA, José Francisco.

460 Ob. Cit., Sala de Casación Penal, radicación 46153, auto del 30 de septiembre de 2015, MP. SALAZAR CUELLAR, Patricia.

461 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, radicación 46153, auto del 30 de septiembre de 2015, MP. SALAZAR CUELLAR, Patricia. “La conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un

- Revisión de la decisión. Generalmente las decisiones que afecten la admisión y práctica de pruebas son susceptibles del recurso de apelación⁴⁶², y con él, de la doble instancia; por ese motivo, para tener probabilidad de éxito en la impugnación, y comoquiera que es un sistema donde impera la oralidad, es necesario mantenerse atento del registro, porque ello será el sustento de la impugnación.

Se aclara que la contradicción de la decisión que ponga fin a la contienda y la doble instancia corresponden a categorías distintas, en razón a que mientras la primera encuentra respaldo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁶³, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶⁴ y en la Constitución Política de Colombia⁴⁶⁵; la segunda solo encuentra respaldo normativo en la Constitución Política⁴⁶⁶. Por ende, ha dicho la Corte Constitucional al diferenciar los institutos que mientras que la primera es considerada un derecho subjetivo de rango constitucional; la segunda hace parte del debido proceso y puede ser alegada por cualquier sujeto procesal⁴⁶⁷. Aclaración importante porque si la doble instancia es considerada como un principio general para todo proceso judicial, esta no puede ser exceptuada por vía legislativa, mientras que la impugnación, como principio y derecho, hace parte del debido proceso y está sujeta a excepciones.

- Sinceridad. El relato expresado por el testigo debe ser lo más natural y espontáneo posible. Se relaciona con la práctica la prueba testimonial, esto es, que debe estar exenta de coacción o presión indebida. Desde el plano procesal, las oposiciones están reglamentadas en la legislación procesal cuando alguna de las partes intente vulnerar la naturalidad y espontaneidad con la que se debe rendir la declaración⁴⁶⁸, es decir, cuando la pregunta no sea clara y precisa, o no verse sobre hechos específicos o, en su defecto, sea sugestiva o capciosa, tienda a ofenderlo o sea impertinente.

hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse”.

462 Ob. Cit., Constitución Política, 1991, artículo 31; Ob. Cit. Ley 906, artículos 20, 146-4, 176, 177, 363 y 457.

463 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículo 8.2.h.

464 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14.5.

465 Ob. Cit., Constitución Política De Colombia, artículo 29.

466 Ibid., Cfr. artículo 31.

467 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-794 de 2014, MP GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo.

468 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 395.

Para ello la preparación del testigo es fundamental, tema que aún no ha sido asimilado, porque suele confundirse con la aprehensión de un libreto; por el contrario, esta reside en indicarle al órgano de la prueba qué es lo que se persigue con su declaración, para lo cual el proceso de rememoración y evocación del recuerdo juega un papel importante, ante un posible contrainterrogatorio, lo cual será posible si realmente percibió el hecho.

- Singularidad del medio de prueba. La producción del medio probatorio⁴⁶⁹ debe ser original; significa que se prefiere el testigo que presencié el hecho al de oídas⁴⁷⁰; el documento original que la copia. Con acierto la ley procesal penal solo admite por excepción la prueba de referencia⁴⁷¹, en razón a que la originalidad le permite al juez minimizar el margen de error al momento de aquilatar su valor.

En materia documental, el procedimiento acusatorio colombiano establece la *regla de la mejor evidencia* para indicar que “cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible... deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido”⁴⁷². Luego, las discusiones que versen sobre la autenticidad de los elementos de juicio serán relevantes al momento de hacer el ejercicio de la valoración probatoria para desvirtuar o confirmar el estado de inocencia del implicado, y no para la “legalidad, que condiciona la admisión, el decreto o la práctica de las pruebas”⁴⁷³.

En sede testimonial, se prefiere al presencial que el de oídas, considerado por la legislación procesal como prueba de referencia, pero de manera excepcional es admisible con reservas, dada su poca confiabilidad, por la falta de confronta-

469 Ibid. p. 53.

470 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículo 402. “Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.

471 Ibid., Cfr. artículo 437. “Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

472 Ibid., Cfr. artículo 433.

473 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, radicación 25920, sentencia del 21 de febrero 21 de 2007, MP. ZAPATA ORTIZ, Javier.

ción directa con el testigo, lo cual imposibilita la verificación de los procesos de rememoración, sinceridad y narración⁴⁷⁴.

- Utilidad del conocimiento privado del fallador. Los medios de prueba no deben reemplazar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, pero sí puede ser utilizado como criterio orientador de su actividad al momento de valorar la prueba. Con este argumento, ningún sujeto interviniente puede reemplazar los medios probatorios para adecuar el hecho o demostrarlo, de lo contrario se convertirá en órgano de la prueba, entendido como la persona que suministra el elemento tema de prueba y lo transmite⁴⁷⁵.
- Valoración técnico-científica de la prueba. La sanidad e insanidad mental del funcionario en el proceso de valoración resulta complejo, a no ser que sea evidente, en razón a que es un proceso interno producido en el intelecto. Bajo este supuesto, se pretende llegar a la convicción de la existencia o inexistencia de los hechos, pero la Ley 906 de 2004 fue más allá al señalar los criterios de evaluación para cada medio probatorio, relacionándose de esta manera con la unidad de la prueba. Es decir que deberá acudir a las reglas de apreciación de cada medio de prueba, novedad que se resalta, pues solo existe en el sistema penal a diferencia de los demás ordenamientos procesales.

Así las cosas, para estimar la declaración se deberán observar los “principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”⁴⁷⁶.

Para considerar la prueba pericial, “la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”⁴⁷⁷. Y para valorar la prueba documental, se tendrá en cuenta “que ésta

474 Ob. Cit., Sala de Casación Penal, radicación 36518, sentencia del 9 de octubre de 2013, MP. BUSTOS, José Leónidas.

475 CAFFERA NORES, José. *La Prueba en el Proceso Penal*. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ediciones De Palma., 1998, p. 36.

476 Ibid., Cfr. artículo 404.

477 Ibid., Cfr. Artículo 420.

no haya sido alterada en su forma ni en su contenido, permita obtener un conocimiento claro y preciso de los hechos tema de prueba, y la declaración sea conforme con lo que ordinariamente ocurre”⁴⁷⁸.

4.3.1. Racionalidad y medios de persuasión

Después de precisar la constitucionalización del derecho probatorio, su ratificación jurisprudencial y la existencia de las garantías procesales probatorias, los elementos materiales, personales e ideológicos constituyen la herramienta esencial para la reconstrucción y demostración de los aspectos fácticos acordes al criterio de verdad por correspondencia, para persuadir al juez de la causa, y por qué no, a su contradictor dialéctico⁴⁷⁹.

Dada las acepciones que admite el vocablo, se recuerda las equivalencias desde las cuales se aborda la prueba, esto es: como medio que lleva el conocimiento al juez acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, en ese sentido, se habla de evidencia personal y material, desde donde se ubica el testimonio, el documento, la inspección, la pericia o cualquier otro medio técnico o científico⁴⁸⁰; como verbo, cuando se usa como sinónimo de acción, para demostrar la relación entre el hecho y el intelecto, es decir, que por medio de ella se corrobora la correspondencia entre el fenómeno o cosa, con el sujeto agente del juicio o la afirmación; como sustantivo, esto es, como el método para llegar a la demostración legal del hecho, lo cual garantiza la consistencia sintáctica, así como el sentido y significado del derecho conculcado; desde el grado de convicción, orientado al resultado obte-

478 Ibid., Cfr. artículo 432.

479 Resulta útil prestar atención al método reconstructivo propuesto por Dellepiane relacionado con la recolección de los elementos de prueba y las hipótesis que de ellos se deriven, para disminuir el margen de error en la búsqueda del pretendido conocimiento, esto es: (1) búsqueda, (2) recolección, (3) conservación, (4) descripción, (5) observación y (6) estudio de los elementos probatorios encontrados, para luego pasar a la (7) formación de hipótesis que tiendan a explicar la base de su teoría, las cuales se someterán al proceso de crítica permanente; hecho lo anterior se (8) comparan y (9) combinan, donde se establecerá el acuerdo o desacuerdo de los hechos, para finalmente, proceder a (10) excluir las que resulten contradictorias, con el fin de llegar a un convencimiento en el proceso de valoración, teniendo siempre presente, la posibilidad de la intervención del azar y la falsificación de prueba, esto es, en el encuentro de procesos fenoménicos por el azar o la casualidad, o en su defecto, en la desviación deliberada de la investigación. Esto es, que para una adecuada reconstrucción de los hechos y aproximación a la teoría del caso, es recomendable seguir el método científico, según el cual, a partir de la observación se derivan las hipótesis que luego serán confirmadas o infirmadas, para finalmente arribar a la conclusión. DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba, Bogotá, Editorial Temis, 2004, p. 21-25.

480 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 382.

nido en la mente del juzgador⁴⁸¹; y desde su contenido, para referirse a las razones que de esos medios resultan a favor de la existencia o inexistencia de un hecho.

De lo anterior se infiere que independientemente de la acepción desde la cual se aborde el concepto, la actividad procesal probatoria se encamina a la confirmación o constatación de una realidad, diferenciándose dos aspectos, la realidad que alega por la parte y el efecto persuasivo que se persigue en la mente del juzgador⁴⁸².

El cuadro 12 refleja los diferentes sentidos desde los cuales se puede abordar la prueba como vocablo respecto del hecho.

Cuadro 12. Acepciones del vocablo

Acción	A favor de la existencia o inexistencia del hecho.
Contenido	Razones que de esos medios resultan a favor de la existencia o inexistencia del hecho.
Convicción	Resultado obtenido en la mente.
Medio	Lleva el conocimiento acerca de la existencia o inexistencia del hecho.
Método	Demuestra la relación entre el hecho y el intelecto.

Fuente: elaboración propia.

En este orden de ideas, ante los problemas que surgen de la realidad social e histórica, el derecho probatorio se sirve del derecho procesal para obtener un nuevo conocimiento y buscar una solución jurídica; es el vehículo por medio del cual se sirve el derecho para lograr su finalidad, lograr la convivencia entre los hombres a través del método⁴⁸³.

De manera consecuente, los diferentes medios de convicción, verbigracia, los elementos personales y materiales establecidos por el ordenamiento procesal penal vertidos en la Ley 906 de 2004 acompañan las cargas procesales y sustentan

481 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T. I. ed. 5ª. Bogotá: ABC, 1995, p. 28.

482 HORTA VÁSQUEZ, Edwin de Jesús y CORREDOR CABRALES E. Ariel, *La razón última de la prueba judicial, una aproximación filosófica*. En: *Novum Jus*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, Vol. 4 No. 1, Enero – junio 2010, p. 151-165.

483 ROJAS ARÉVALO, Ricardo. *Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, división de universidad abierta, 2000, p. 24. “Método, viene de la voz griega: meta (hacia) y odos (camino); significa, el procedimiento para discernir y descubrir la verdad”.

las garantías procesales, desde donde se fijan los parámetros objetivos en materia de solicitud, admisión, decreto, práctica y valoración, los cuales ayudarán al proceso de fijación de los hechos discutidos.

Desde esta perspectiva, precisar los medios que le interesa aportar le permitirá a la defensa organizarlos por clase, porque si es personal, corresponde al llamamiento de testigos y peritos, lo cual comprende, a su vez, el interrogatorio y el contrainterrogatorio; pero si es material, se refiere a los documentos en sentido amplio⁴⁸⁴, así como a las demás evidencias compuestas por otros medios de conocimiento, siempre y cuando no contraríen el ordenamiento jurídico⁴⁸⁵, las cuales pueden ser directas, si establecen la existencia del hecho de forma inmediata, o indirectas si, por el contrario, el conocimiento se obtiene por medio de huellas, rastros o vestigios, de donde se pueda inferir la existencia o inexistencia del hecho, lo cual será objeto de estudio enseguida.

A continuación, se explorarán los diferentes aspectos técnico-científicos sobre los cuales se fundamentan las evidencias demostrativas.

4.3.2. Aspectos fundantes de la evidencia personal

El calificativo de testigo se obtiene desde el momento en que se percibe el hecho, pero se es testigo judicial desde el momento en que se entera que debe comparecer a rendir declaración por los hechos que se indagan, momento en el cual nace el deber de narrar los hechos percibidos con sinceridad.

Desde el punto de vista estratégico, la defensa deberá abstenerse de citar a las personas que no estén en capacidad de respaldar su particular teoría, razón por la cual resulta importante preparar al testigo para que manifieste su interés por transmitir lo que percibió a través de sus sentidos. Así pues, la percepción, “la memoria, y naturaleza del objeto percibido, así como el estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo, los procesos de rememoración y el

484 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), art. 424; Véase también, Ob. Cit. Ley 1564 (julio, 12, 2012), art. 243. Ambas normas se limitan a hacer un listado de lo que puede ser documentos, y al final señalan que puede ser cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores; por su parte la Ley 600 de 2000 (art. 259), solo se refiere al aporte de los mismos; mientras que el Decreto 1400 de 1970, a pesar que presenta una situación similar, refiere que puede ser “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”, lo cual debe entenderse como algo distinto de sí mismo, a través de signos, escritos, figuras, imágenes, sonidos, dibujos o similares.

485 Ibid., artículo 382.

comportamiento del testigo durante la audiencia, y la forma de la respuesta y personalidad” serán los puntos de referencia, porque sobre ellos las partes realizarán la dialéctica pertinente y recaerá su valoración⁴⁸⁶.

Bajo las anteriores premisas, la defensa deberá indagar por el sentido que influyó en la percepción; siendo la audición el órgano de mayor empleo, junto con el de la vista y la memoria, razón por la cual resulta fundamental el conocimiento presencial que tuvo sobre los hechos porque generalmente se recuerda la idea de lo que se cree haber visto o escuchado⁴⁸⁷, es lo que se conoce como la originalidad del testigo⁴⁸⁸.

Las condiciones de tiempo, lugar y modo en que sucedieron los hechos, como la iluminación, las distancias, los tiempos y velocidades, son aspectos que tampoco se pueden descuidar, porque generalmente sobre ellos se realizan juicios de valor, sin tener la cualificación para ello, permitidos por excepción al testigo técnico⁴⁸⁹.

En segundo lugar, los factores emocionales del testigo al momento de la percepción y la capacidad de evocación del recuerdo son relevantes, en la medida que estos determinan su interés y afectan su atención, al punto que a mayor interés, mayor percepción y viceversa; en el mismo sentido, a mayor exposición, mayor percepción, pero hay ocasiones en las cuales el testigo se encuentra ante factores que le crean una falsa creencia de haber percibido hechos que en realidad no han tenido ocurrencia, o de manera distinta a como verdaderamente sucedieron; esto es, impresiones que suplantán su percepción por causa de alucinaciones o ilusio-

486 Ibid., artículo 404.

487 Ibid., artículo 402. “Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.

488 La prueba obtenida por fuera del juicio se denominada de referencia, y es la que se utiliza “para probar o excluir cualquier aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio, únicamente, cuando la persona ha perdido la memoria sobre los hechos, corroborado pericialmente; ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar; padece de enfermedad grave que le impide declarar; ha fallecido; es menor de 18 años; ha sido víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o en su defecto, las declaraciones se hallan registradas en archivos históricos” (Ibid., artículo 438).

489 COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de abril de 2015. MP. FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. “Aquél que percibe los hechos objeto de investigación y que, debido a una especial cualificación o preparación técnica, científica o artística, puede agregar al relato vertido en juicio opiniones, impresiones o apreciaciones vinculadas con aquéllos, que contribuyen a su esclarecimiento”.

nes debido al influjo de los medios de comunicación o los hábitos mentales, que con el paso del tiempo deforman la realidad⁴⁹⁰.

En todo caso, siempre se deberá indagar por la razón de ser de su versión, referida a la forma de percepción, y orientar las preguntas al por qué conserva en su memoria y recuerda los hechos ocurridos, caso en el cual es posible que acuda a las “muletas o puentes” del recuerdo que le harán precisar el momento percibido⁴⁹¹.

Pese al compromiso de sinceridad con respecto a la administración de justicia, siempre existe la posibilidad de faltar a ese deber, o de distorsionar de manera inconsciente los hechos, lo cual alterará el rumbo del proceso. Por ese motivo, como diría Querejeta, determinar la credibilidad de un testigo es una labor compleja, que “parece [...] escapar a las capacidades humanas”⁴⁹², y como lo recordaba Dellepiane, siempre hay que estar atentos ante la posibilidad del error y de la prueba falsificada⁴⁹³.

De otra parte, tratándose del testimonio del implicado, el silencio es un derecho fundamental de la defensa material, de raigambre internacional, al punto que la indagatoria como medio de vinculación al proceso fue suprimida a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004⁴⁹⁴; no obstante, si de manera voluntaria decide

490 GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luís. “Pseudopercepción y Pseudoalucinación”, En: Revista de Psiquiatría, Psicología médica y Psicósomática. España: Asociación Española de Psicoterapia. Volumen 5, No. 1, 1984, p. 9. Se refiere a la “ilusión como la «combinación de percepción real e imagen mental», [la] alucinación como «experiencia anómala operativa como una percepción, que no puede ser validada por otros observadores y concomitante con percepciones normales, de las que el sujeto no puede diferenciarlas, [...] y la pseudoalucinación como [el] “fenómeno que, al ser descrito, recuerda una alucinación, pero que en realidad no lo es, por no contener los elementos esenciales de la misma”.

491 Ob. Cit. Ley 1564 (julio, 12, 2012), artículo 221.

492 QUEREJETA, Luis Miguel. Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental. En: Eguzkilore. Número 13. San Sebastián, diciembre 1999, p. 157 – 168.

493 DELLEPIANE, Ob. Cit., p. 79 y ss.

494 ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, artículo 21; ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RWANDA, artículo 20, ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, artículo 55, la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículo 8, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14, Ob. Cit. Constitución Política de 1991, artículo 33, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, artículo 385. Normas que consagran que el derecho a guardar silencio no puede ser desconocido ni tomado en contra, y se extiende a declarar “contra sí mismo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, segundo de afinidad, a las relaciones profesionales con su abogado, espirituales como feligrés, con el contador, sector

declarar, lo hará bajo las reglas del testimonio, bajo la gravedad de juramento, preservando siempre su derecho a guardar silencio en el evento que así lo decida⁴⁹⁵, hecho avalado por la Corte Constitucional⁴⁹⁶.

Las reglas del testimonio entonces indican que el deber de narrar los hechos se hará con el compromiso de sinceridad so pena de exponerse a las respectivas sanciones por declarar hechos contrarios a la realidad⁴⁹⁷; pero si el testigo se niega a comparecer, existe la posibilidad de conducirlo a la sede de la audiencia para que rinda la declaración, y si tuviere alguna limitación para comparecer, se acudirá a los medios técnicos desde el lugar donde se encuentre, sin que este hecho sea excusa para declarar⁴⁹⁸.

Bajo este contexto, presente el testigo y hechas las anteriores previsiones será interrogado de manera directa por la parte que lo solicitó, limitándose a los temas de la controversia sin que sea posible la realización de preguntas sugestivas, capciosas, confusas, ofensivas o insinuanes de las respuestas. Luego hará lo propio la contraparte, quien se limitará a los temas del interrogatorio directo, en razón a que la finalidad “es refutar, en todo o en parte, las respuestas de lo que el testigo ha contestado, para lo cual podrá utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio”⁴⁹⁹.

Agotado lo anterior, nuevamente se le dará la oportunidad de interrogar al testigo a quien solicitó el medio probatorio sobre las preguntas relacionadas con el contrainterrogatorio, acto denominado redirecto, para, finalmente, darle la

de la salud con su paciente, trabajador social, periodista con su fuente, e investigador con el informante”.

495 RIVEROS BARRAGAN, Juan David. El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano. En: *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* ildi Bogotá, Colombia, N° 12, Edición Especial 2008, p. 373-394.

496 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 2009. MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

497 *Ob. Cit.* Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 389. Con excepción de los menores de doce años, quienes deberán estar asistidos por un representante, sin la toma el juramento, pero sí se les informa sobre la importancia de la veracidad de su narración, y el deber de sinceridad que debe rodear su dicho, dadas las consecuencias que conlleva.

498 *Ibid.*, artículos 384-387. Tratándose de dignidades, se trasladarán al lugar donde se encuentren para la práctica del medio de prueba, o en su defecto, pero si es ministro o agente diplomático, se les remitirá, “por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores nota suplicatoria para que si a bien lo tienen concurren a declarar, o permitan que la persona solicitada lo haga”, o en su defecto accedan a rendirlo en sus dependencias.

499 *Ibid.*, artículos 392 y 393.

oportunidad a la contraparte en aras de que, si lo considera, haga claridad sobre las respuestas dadas con anterioridad, excluyéndose del mismo las preguntas y las respuestas impertinentes, bajo la modalidad de la oposición, y con la posibilidad de intervención del juez para que el interrogatorio se rinda de manera clara y precisa⁵⁰⁰.

Vistos la ritualidad y los múltiples aspectos que conforman la evidencia personal, cuando la defensa se encuentre en presencia de personas que depongan sobre los hechos que en forma directa no tuvieron ocasión de percibir, se acudirá a la llamada “impugnación de la credibilidad del testigo”, tendiente a cuestionar su credibilidad con relación a la naturaleza de su narración, la capacidad para “percibir, recordar o comunicar la existencia de motivos que indiquen parcialidad”, tales como contradicciones en el contenido de su dicho o manifestaciones anteriores, a través del contrainterrogatorio⁵⁰¹, siendo esta última la más contundente, porque en principio son prueba de referencia, razón por la cual De Castro recomienda no sobrepasar ese específico propósito⁵⁰².

Estas mismas reglas se aplicarán al perito cuando comparezca a la audiencia, quien también será interrogado y contrainterrogado en relación con el informe pericial rendido. En todo caso, como se trata de aportación de conocimientos extrajurídicos especializados, se deberá indagar sobre su acreditación y “sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamente sus verificaciones o análisis y grado de aceptación; así como por los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso; si en sus verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza, y la corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos”⁵⁰³; asistiéndole el derecho a consultar documentos para fundamentar y aclarar sus respuestas. Y para el contrainterrogatorio, además de las reglas generales señaladas, se podrán utilizar los “principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas, referentes a la materia de controversia”⁵⁰⁴. El cuadro 13 sintetiza la com-

500 DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. El alcance del contrainterrogatorio. En: Criterio Jurídico. Universidad Santiago de Cali, Colombia. Vol. 8, No. 2, 2008, p. 171-200.

501 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 403.

502 DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. En: Opinión Jurídica, volumen 7, No. 13, Medellín, Colombia, enero-Junio de 2008, p. 163 -174.

503 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 417.

504 Ibid., artículo 418.

plejidad del testimonio desde la percepción, práctica y valoración, incluyéndose la declaración del perito.

Cuadro 13. Fundamentos de la evidencia personal

Percepción del declarante	<ul style="list-style-type: none"> • Órgano físico que influyó • Estado mental respecto del objeto percibido (atención, interés, ocupación) • Condiciones del objeto respecto del sujeto (tiempo, modo y lugar) • Estado emocional (ánimico y ansiedad – falsa percepción) • Muletas del recuerdo – amnesia patológica • Transmisión del recuerdo – interés (solidaridad, personalidad del testigo, vanidad)
Declaración del acusado	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a guardar silencio • Si declara, lo hará bajo las reglas del testimonio y bajo juramento
Declaración del testigo	<ul style="list-style-type: none"> • Deber de comparecer • Deber de narrar • Deber de sinceridad
Ritualidad	<ul style="list-style-type: none"> • Interrogatorio directo • Oposición–preguntas sugestivas, capciosas, confusas, ofensivas o insinuantes, impertinentes • Contrainterrogatorio -redirecto- impugnación de la credibilidad por inverosímil, increíble, incapacidad para percibir, recordar o comunicar, parcialidad o contradicción.
Declaración del perito	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes que acreditan su conocimiento • “Principios (científicos, técnicos o artísticos) en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y el grado de aceptación” • Método empleado en la investigación y análisis del caso • Utilización de técnicas de “orientación, de probabilidad o de certeza” • Corroboración de la opinión por otros expertos

Apreciación	<ul style="list-style-type: none"> • Percepción, memoria, y “naturaleza del objeto percibido” • “Sanidad de los sentidos” • Circunstancias de tiempo, modo y lugar • Proceso de rememoración • Comportamiento durante la audiencia • Forma de respuesta y personalidad
--------------------	--

Fuente: elaboración propia.

4.3.3. Aspectos fundantes de la evidencia material y otros medios de persuasión

La evidencia material debe entenderse en sentido amplio, esto es, como algo distinto de su contenido y gozar de autenticidad para que sea considerada⁵⁰⁵. De manera consecuente, deberá existir un conocimiento claro sobre la persona que intervino en su creación, de lo contrario se procederá al reconocimiento por su autor jurídico, y si no se logra el objetivo, se considerará anónimo y no podrá admitirse como medio probatorio⁵⁰⁶.

Lo anterior es importante si se tiene en cuenta que desde el punto de vista documental aparecen como elementos auténticos, pero de contenido falaz, y viceversa, esto es, carentes de certeza, aunque veraces. En el primer evento, los problemas se resolverán por la vía de las presunciones de autenticidad para los documentos públicos, y el reconocimiento para los privados que no se presuman auténticos; mientras que, en el segundo, por las reglas de la valoración probatoria, esto es, que “no haya sido alterado en su forma o en su contenido, que permita

505 Ibid., artículo 424: “Como los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies que contengan grabaciones, las grabaciones fonópticas o vídeos, las películas cinematográficas, las grabaciones computacionales, los mensajes de datos, el télex, telefax y similares, las fotografías, las radiografías, las ecografías, las tomografías, los electroencefalogramas, y los electrocardiogramas”.

506 Ibid., artículo 425. “cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento”, se tendrá como auténtico el documento”; artículo 426. En el evento que no goce de ese atributo, se procederá al “reconocimiento de la persona que ha intervenido en su producción; o en su defecto, “mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas, o mediante informe de experto”; 427. Y si proviene del extranjero, deberá estar apostillado e ingresado por el investigador que participó en el caso; si está en idioma distinto del castellano, en el mismo sentido deberá ser traducido por traductores oficiales, y ambos textos constituirán el medio de prueba.

obtener un conocimiento claro y preciso del hecho que constituye su contenido, y que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre”.

Y para ser incorporados al proceso podrá hacerse en original, como mejor evidencia de su contenido, o en copia autenticada, siempre y cuando se pacte la no necesidad de aportación del original. En todo caso será leído, exhibido y proyectado en el evento que sea voluminoso, para que todos los intervinientes puedan conocer su forma y contenido⁵⁰⁷.

El cuadro 14 revela los aspectos mencionados de la evidencia material, donde, además del concepto, se destaca la diferencia entre autenticidad y veracidad, la ritualidad para su incorporación y los criterios a tener en cuenta para su valoración.

Cuadro 14. Fundamentos de la evidencia material

Documentos	
Concepto	<ul style="list-style-type: none"> • Debe representar algo distinto de sí mismo
Autenticidad y veracidad	<ul style="list-style-type: none"> • Para ser valorado debe ser auténtico, de lo contrario deberá ser reconocido • Los problemas de autenticidad se resuelven a través de la presunción de autenticidad y el reconocimiento • Los problemas de veracidad se resuelven a través de las reglas de valoración probatoria
Ritualidad para la incorporación	<ul style="list-style-type: none"> • Puede hacerse en original, como mejor evidencia de su contenido, en todo caso será leído y exhibido
Reglas de apreciación	<ul style="list-style-type: none"> • “Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido • Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho que constituye su contenido • Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre”

Fuente: elaboración propia.

Además de la evidencia personal y material, existen otros medios de persuasión racional como la pericial, la inspección judicial y la indiciaria.

507 Ibid., artículos 432-434.

- Pericial. No existe norma legal que la defina, pero se utiliza cuando para la verificación de hechos se requiera de conocimiento especial (técnico, científico o artístico), relacionado con los hechos debatidos, y no obstante el juez lo posea, se acude a ella.

Bajo estos supuestos, el perito juega un papel trascendental en el proceso, porque a través de su conocimiento influirá en la mente del juez para adoptar en la decisión final, constituyéndose en un órgano de la prueba necesario para la aproximación de la verdad⁵⁰⁸; en este caso, la ley procesal prevé que el servicio pueda ser prestado por los “expertos de la Policía Judicial, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, las entidades públicas o privadas, o los particulares especializados”⁵⁰⁹.

Por la característica del servicio prestado, a los peritos le “son aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para los jueces”; y el informe será suscrito por quien intervino, quien podrá acreditar su conocimiento por cualquier medio admisible⁵¹⁰.

En este orden de ideas, su declaración se hará bajo las reglas del testimonio y, para garantizar la contradicción de la prueba, estará antecedida de una crónica donde refleje la procedencia de su parecer. Y para su apreciación, además de las reglas establecidas para la testimonial, “se tendrá en cuenta la idoneidad técnico-científica y moral, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”⁵¹¹.

508 CARO ESPITIA, Néstor Raúl, El dictamen pericial contable, medio de prueba y criterios de valoración. Diálogo de Saberes, Bogotá: Universidad Libre. No. 42, enero-junio de 2015, p. 91.

509 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 405-422.

510 Ibid., artículo 56. A título de ejemplo: “que el perito... tenga interés en la actuación procesal; sea acreedor o deudor de alguna de las partes; sea pariente del apoderado o defensor de alguna de las partes; haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso; que tenga amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes...”.

511 Ibid. Se acepta que su opinión se refiera a aspectos nóveles del conocimiento, pero para que sea admisible y pueda ser valorada, se exige que la base científica o “técnica haya sido o pueda llegar a ser verificada, publicada, recibido la crítica de la comunidad académica, acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial y goce de aceptabilidad en la comunidad académica”.

- Inspección judicial. Es considerada como la prueba directa por excelencia, tiene por objeto la verificación de hechos pasados o presentes que aún están sucediendo. Podrá ser realizada con el concurso de testigos y peritos en razón a que mediante ella el juez verifica, reconoce y comprueba. En materia penal es excepcional, aplicable en el evento que no sea posible lograr el conocimiento directo mediante otros medios en el recinto de audiencia, siempre que el lugar no haya variado y sea esencial para la sentencia⁵¹².
- Indiciaria. Finalmente, en lo que tiene que ver con el indicio, la Real Academia de la Lengua lo define como un “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro hecho no percibido”⁵¹³, y pese a que en la Ley 906 de 2004 desapareció formalmente como medio de prueba, el ordenamiento procesal se refiere al sujeto activo de la acción como el “indiciado”, cuando de la existencia de “elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida [se pueda] inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga así como su presunta participación en los hechos investigados”⁵¹⁴.

512 Ibid., artículo 435, 436.

513 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua. 23ª edición, 2014.

514 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 286.

En este sentido, resulta lógica la discusión doctrinal acerca de si el indicio realmente desapareció como medio de prueba⁵¹⁵ o si, por el contrario, es utilizado para llegar al conocimiento por vía inferencial⁵¹⁶.

Un primer acercamiento en materia legal lo ofrecen los ordenamientos procesales anteriores a la Ley 906 de 2004, que lo tienen previsto como medio de prueba; esto es, mientras que la legislación privada refiere que “para que un hecho pueda considerarse como indicio, el hecho indicador deberá estar debidamente probado en el proceso”⁵¹⁷, la legislación penal refiere que “el indicio ha de basarse en

515 ARENAS SALAZAR, Jorge. *Crítica del indicio en materia criminal*. 3a. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1998, p. 40-49. Por ser una prueba indirecta, lógico crítica el indicio se equipara a los demás medios probatorios, pero lo diferencia de la histórica representativa y su capacidad demostrativa derivada de una operación lógica; FRAMARINO DEI MALESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. I. Bogotá: Temis, 1973, p. 218. El indicio es la respuesta frente a los acontecimientos que se encuentran por fuera de nuestras observaciones directas; LÓPEZ MORENO, Santiago. *La prueba de indicios*. Lerner. Bogotá, D.C., 1980, p. 74. La única prueba que no se puede borrar de su fuente indicante es la indiciaria, por esa razón el indicio suple la falta de prueba directa, y se constituye en el único medio para conocer un hecho delictivo; MITTERMAIER, Carl Joseph. *La prueba en materia criminal*. Leyer. Bogotá, D.C., 2005, p. 165-167. El indiciario equivale a certeza; PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. 7ª. ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda. 2011, p. 10-26. El indicio supone tener un hecho probado, que nos desplaza a la búsqueda de otro hecho desconocido por medio de las reglas de la experiencia, la lógica, la ciencia o la técnica; no es un proceso mental, es un hecho especialmente cualificado que tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. Tomado de SERRANO BURGOS, Kevin Andrés, *El indicio como medio de prueba en el marco de la ley 906 de 2004*, Colección análisis jurisprudencial. *Análisis jurisprudencial: Derecho Probatorio en materia penal*. Universidad Manuela Beltrán. Bogotá, 2018, p. 134-152.

516 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo I, 3ª. ed. Bogotá: Temis, 2002, pp. 127-130. El indicio sirve para indicar un hecho concreto que se puede obtener de una prueba indirecta; es el resultado de una inducción lógica que desemboca en una apreciación; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1955, pp. 202-203. Pese a que el indicio se debe demostrar mediante otros medios de prueba, es autónomo; SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. 5ª. ed. Bosch: Barcelona, 1950, p. 201. Los indicios son objeto de prueba y no medios de prueba, en razón a que son hechos de los cuales se deduce lo que interesa; SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 106-108. Los indicios no son un medio de prueba en razón a que cuando distinguimos entre verdad y certeza, y decimos que podemos llegar a esta, pero nunca aquella, la verdad está en las cosas, y la certeza en nosotros; VISHINSKI, Andrei. *La teoría de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951, p. 326. El indicio es prueba indirecta en la medida en que por sí mismo no tiene valor de prueba, sino unido a otras circunstancias para establecer una conexión lógica de unos con otros. *Ibid.* SERRANO BURGOS.

517 COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1400 (agosto, 6, 1970), por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil, artículos 248-250; véase también Ley 1564 (julio, 12, 2012), arts. 240-242.

la experiencia y supone la existencia de un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro”⁵¹⁸.

Lo anterior quiere decir que la prueba indiciaria, conocida como prueba indirecta, se dirige a mostrar la existencia de otro hecho desconocido, también llamado indicio (o hecho indicado), el cual se explica a través de un “razonamiento basado en un nexo causal y lógico, entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estar relacionados directamente con el hecho delictivo, ser coherentes y concomitantes, al punto que descarten la presencia de los llamados contraindicios”⁵¹⁹, entendidos como indicios que destruyen el mérito de los primeros.

Desde el punto de vista estructural, poseen una estructura similar a la presunción, porque de un hecho conocido, debidamente probado, se infiere la existencia de otro hecho desconocido, pero la diferencia radica en que mientras en el primero la inferencia la realiza el juez o las partes; en la segunda, el razonamiento lo hace el legislador.

En lo que tiene que ver con la Ley 906 de 2004, su existencia se predica bajo el amparo de la cláusula de inclusión (artículo 382), siempre que no viole el ordenamiento legal. Lo cierto es que, independiente de la postura que se adopte, la inferencia razonable siempre se encuentra presente a partir de hechos demostrados mediante la prueba, como se observa en la estructura argumental de las sentencias.

Bajo estas premisas, el indicio es un medio lógico que permite el conocimiento indirecto (inferencia razonable) de otro hecho (hecho indicado) basado en la existencia de un hecho primario (hecho indicador) que debe encontrarse demostrado a través de cualquier medio probatorio autorizado por el ordenamiento procesal penal.

Así las cosas, mientras que los medios de prueba directos tienen capacidad demostrativa por sí mismos; los indirectos dependen de otros medios para lograr esa eficacia a partir de una estructura que nos permita llegar a ese hecho desco-

518 Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000), arts. 284,286.

519 ROSAS YATACO, Jorge. Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_14.pdf, el 13 de mayo de 2015.

nocido con la utilización de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la ciencia o de la técnica.

Pero el debate no para ahí porque, independientemente de su función demostrativa, un sector de la doctrina señala que el indicio debe estructurarse a manera de silogismo lógico deductivo⁵²⁰, en el cual se debe identificar la premisa menor (hecho indicador), la premisa mayor (inferencia lógica, en la que operan los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia, los postulados de la reflexión y el raciocinio) y las conclusiones (o hecho indicado); mientras que otro sector sostiene lo contrario⁵²¹, esto es, que es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado a partir de un hecho acreditado por otros medios, del cual razonadamente y según las reglas de la experiencia se infiere la existencia de otro hecho desconocido que le interesa al proceso⁵²².

Esta última posición es coherente con su ataque en sede de casación, el cual se puede alegar por vía indirecta, para lo que se debe indicar el yerro en que se incurrió, así como la modalidad (de hecho, o derecho), especialmente, si este se predica sobre el hecho indicador, la inferencia lógica o la manera como los indicios se articulan entre sí (concordancia, convergencia y fuerza de convicción por su análisis en conjunto)⁵²³.

A manera de colofón, podemos afirmar que el indicio no ha desaparecido del sistema procesal penal, ni tampoco las tensiones derivadas de su naturaleza y estructura, pero en lo que sí se coincide es que es un medio racional indirecto utilizado de manera permanente en el ejercicio de la actividad procesal para valorar los

520 ARENAS, Ob. cit., p. 49; Véase también, FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. La prueba en el derecho penal sistema acusatorio. Leyer. Bogotá, D.C., 2006, pp. 255-258; REYES ALVARADO, Yesid. La prueba indiciaria. Ediciones Librería del Profesional Ltda. Bogotá, D.C., 1984, p. 28-30; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencias del 2 de septiembre de 2009, M.P. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid; del 10 de agosto de 2010, M.P. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo; del 17 de marzo del 2009, M.P. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid; del 13 de agosto del 2014, M.P. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto, del 16 de marzo del 2016, M.P. SALAZAR OTERO, Luis Guillermo; del 12 de octubre del 2016, M.P. SALAZAR CUÉLLAR, Patricia. Ob. Cit. SERRANO BURGOS.

521 PARRA QUIJANO, Tratado..., Ob. cit., p. 40; Véase también, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 16 de septiembre de 2009, M.P. BUSTOS, José Leonidas; Sentencia del 16 de marzo de 2016, M.P. FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. Ibid...

522 Ibid.

523 TRIBÍN ECHEVERRY, Fernando. Recurso Extraordinario de Casación Penal, Manual para defensores públicos, Defensoría del Pueblo Colombia, junio 2012, p. 220-226. Véase también, PABÓN GÓMEZ Germán, De la casación penal en el sistema acusatorio, Colección Ciencias penales, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 237-268.

diferentes medios de prueba y justificar las decisiones. El cuadro 15 sintetiza los demás medios de persuasión, indispensables en el proceso de formación racional del conocimiento.

Cuadro 15. Otros medios de persuasión

Pericia	
Concepto	<ul style="list-style-type: none"> • Persona con conocimientos especiales extrajurídicos que influye en las decisiones
Ritualidad	<ul style="list-style-type: none"> • El informe debe estar suscrito por quien intervino en su elaboración • Son aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para los jueces • La base de su opinión pericial estará precedida de su declaración
Apreciación	<ul style="list-style-type: none"> • “Idoneidad técnico-científica y moral, la claridad y exactitud de sus respuestas” • Comportamiento al responder • Grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya • Instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas • Su opinión puede referirse a aspectos nóveles del conocimiento
Inspección judicial	
Concepto	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba directa tendiente a la verificación a través de la intermediación
Indiciaria	
Concepto	<ul style="list-style-type: none"> • Fenómeno mental que permite inferir la existencia un hecho, a partir de otro percibido

Fuente: elaboración propia.

A esta altura se ha advertido la complejidad que reviste mantener incólume el estado de inocencia, pues no bastan la comprensión de los fundamentos axiológicos en que se sustenta la realidad procesal ni los diferentes aspectos que conforman la contribución diligente de la evidencia, y mucho menos las garantías de la defensa del procesado a través de los diferentes medios de persuasión, razón por la cual se debe canalizar el esfuerzo hacia la exposición de las razones para enfrentar a su contradictor dialéctico y hacia el convencimiento de quien finalmente valorará los elementos de convicción, de donde deviene la importancia de la argumentación judicial, como elemento adicional para culminar nuestro objetivo propuesto.

4.4. Certidumbre y subjetividad

Ahora bien, dentro de los estándares probatorios para proferir sentencia, el legislador de 2004 escogió el denominado “más allá de toda duda razonable”, concepto propio del derecho anglosajón, el cual es vago e impreciso, en razón a que su significado se asimila a la certeza, a la creencia, a la convicción o la duda que amerita el otorgamiento de una razón, sobre todo cuando hace parte del tercer aspecto que pretende proteger el principio de la inocencia.

En punto de la evolución legislativa, el cuadro 16 advierte el patrón probatorio para proferir sentencia de condena. Cinco legislaciones han transitado por nuestro derecho local de esta manera: (1) mientras que el Decreto 409 de 1971 disponía la necesidad de tener “prueba plena o completa” sobre el hecho y la responsabilidad⁵²⁴, (2) el Decreto 050 de 1987 exigía que la prueba para condenar llevara a “la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado”⁵²⁵. (3) Por su parte, el Decreto 2700 de 1991 exigía que la prueba se circunscribiera a la “certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”⁵²⁶, norma copiada por la (4) Ley 600 de 2000⁵²⁷.

Lo anterior significa que el estándar probatorio para proferir sentencia de condena bajo la Ley 600 de 2000 se sustenta en la certeza moral, similar a la íntima convicción, bajo el entendido de que es un estado de seguridad mental del juzgador acerca de sus conclusiones, donde no es admisible la posibilidad de error, o en el evento de existir, no influye en el convencimiento, posición peligrosa si se tiene en cuenta que este proceso ocurre a nivel del fuero interno del servidor⁵²⁸.

Finalmente, la actual (5) Ley 906 de 2004 refundió en una sola norma la duda en favor del sindicado y la noción de verdad, bajo el entendido de que el convencimiento sobre la responsabilidad debe ir “más allá de toda duda razonable”,

524 COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 409 (marzo, 27, 1971), por el cual se introdujeron reformas al Código de Procedimiento Penal y se codificaron todas sus normas, artículo 215 d.

525 Ob. Cit., Decreto 050 (enero, 13, 1987), por medio del cual se decretó el Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por el Decreto 1861 de 1989, artículo 247.

526 Ob. Cit., COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2700 (noviembre, 30, 1991), por el cual se expidieron las normas de Procedimiento Penal, artículo 247.

527 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 232.

528 FUENTES, Claudio. El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal. Diez años de la reforma procesal penal en Chile. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 500-555.

estado mental que corresponde al conocimiento propio de la certeza relativa, en razón a que la absoluta es imposible de alcanzar.

Cuadro 16. Estándar probatorio para proferir sentencia

“Decreto 409 de 1971, art. 215 d”	“Decreto 050 de 1987, art. 247”	“Decreto 2700 de 1991, art. 247”	“Ley 600 de 2000, art. 232”	“Ley 906 de 2004, arts. 7, 381”
“Prueba plena o completa sobre la demostración del hecho y la responsabilidad del autor.”	“Prueba que lleve a la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado.”	“Prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.”	“Prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, en caso contrario aplica el <i>in dubio pro reo</i> .	“La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda razonable”, en caso contrario, aplica el <i>in dubio pro reo</i> . “Conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, para determinar cuál es el umbral suficiente para proferir sentencia de condena, la ley exige un mínimo de evidencia, que a su vez será valorada de manera individual (según los criterios expresados por la ley), y en conjunto (buscando concordancias y discordancias); en tal sentido, el estándar probatorio determina criterios de conocimiento para saber cuándo se ha logrado probar el hecho, y se permite justificar la hipótesis que describen tales hechos.

De esta manera, lo primero que verifica el juez es la actividad de parte, y luego determina si la prueba ofrecida supera el estándar exigido para proferir sentencia de condena; esto es, que el estado de convicción deberá ser racional y objetivo, de lo contrario, su convicción será subjetiva y arbitraria. Y pese a que el proceso penal es el escenario para la búsqueda de la verdad, a partir de la presentación de la particular teoría del caso, la Fiscalía buscará demostrar dentro de la fase del juicio, y en presencia del juez de la causa que no ha presenciado el hecho, que los

hechos han ocurrido tal como se los presenta, de donde se infiere que las conclusiones a las que llegue el fallador quedan en grado de relatividad.

Bajo estos supuestos, el valor de verdad atribuido a las premisas fácticas adquiere valor de probabilidad con la sola confirmación, y al ser el juicio el escenario donde el juez determina mediante un proceso inferencial inductivo cuál tiene mayor grado valor, las conclusiones a las que llegue quedarán en un grado de conocimiento imperfecto para dar por probada la hipótesis.

El estándar probatorio supone, entonces, una decisión social donde, a pesar de la incertidumbre, se fijan parámetros para que el juez sepa qué preguntas deben ser absueltas y cuáles pueden quedar en el ámbito de la duda⁵²⁹; en otros términos, el juez debe partir de un nivel de incertidumbre o de error acerca de la verdad real de los hechos, y sobre la probabilidad de las hipótesis enfrentadas, debe buscar un fallo condenatorio alejado del convencimiento pleno⁵³⁰.

En ese sentido, el estándar de prueba cumple una triple función: (1) como herramienta que busca la verdad, al establecer el nivel de suficiencia necesaria para que el juez pueda tener por acreditada la ocurrencia de un hecho; (2) de distribución de error, al establecer el *quantum* probatorio necesario para que el juzgador pueda declarar por probada una hipótesis; (3) y de justificación, conforme a la cual obliga al juez a explicar en la sentencia si se cumplen o no los presupuestos establecidos por el estándar probatorio para sobrepasar el umbral de suficiencia necesaria que permita declarar un hecho como probado⁵³¹.

En este orden de ideas, al remitir al estado mental del juzgador el estándar adoptado por el legislador, queda abierta la posibilidad de la arbitrariedad judicial para determinar cuándo se da por probado un hecho, contrariando la pretendida búsqueda de la verdad objetiva, quebrantando el principio de inocencia al fallar en su rol de garantía y el fin del proceso penal, consistente en la averiguación de la verdad, controlables por vía de recurso.

529 TARUFFO, Michelli, Consideraciones sobre Prueba y Motivación. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 3.

530 FUENTES, Claudio. Ob. cit., p. 503.

531 REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En: Revista de derecho (Valdivia), Vol. 25, No 2, 2012, p. 229-247.

De esta manera, se advierte que el modelo adoptado ofrece serias dificultades, porque para llegar a la duda razonable se requiere pasar de un convencimiento psicológico (certeza moral) a la duda en estricto sentido (certeza racional)⁵³². En otros términos, si bien es cierto que el estándar de convencimiento adoptado por el legislador para proferir sentencia de condena no permite establecer con claridad el grado de duda tolerable, en gracia de discusión, la defensa podrá desmentir dicho estado mental cuando las pruebas de descargo cuestionen las pruebas de cargo o, en su defecto, su teoría se encuentre sustentada por elementos de juicio que le resten eficacia a la acusación, situación que facilitará favorecer al procesado con la duda.

532 Ibid., p. 515.

5.

LAS ANTILOGÍAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DINÁMICA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Si de la interpretación legal y jurisprudencial efectuada a las premisas que estructuran la presunción de inocencia hemos evidenciado que se contraría la semántica de las mismas, ¿cómo se debe reinterpretar la presunción a la luz de la Constitución y cómo debe reaccionar la defensa ante las antilogías develadas?

Para dar respuesta al interrogante, el presente capítulo se dividirá en dos partes: en la primera, además de confirmar las antilogías de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia por cuenta de la interpretación jurisprudencial, se propondrá su reinterpretación como antesala para, en la segunda, delimitar el sistema de garantías que conforman el derecho a la defensa. Así mismo, se describirá la evolución normativa y el reconocimiento jurisprudencial. Finalmente, se formulará una dinámica de trabajo orientada a reforzar las habilidades de la defensa en el marco del sistema penal acusatorio, debido al estereotipo probatorio que rodea su ejercicio.

Lo anterior para demostrar que la literalidad de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia no es absoluta (de una parte, al encontrar razones que justifican excepcionar la aplicación de las mismas, y de otra, dada la ambigüedad semántica de la fórmula legislativa para proferir sentencia de condena), lo cual conlleva serios efectos negativos que recaen sobre la defensa, e imponen su reinterpretación a la luz del bloque de constitucionalidad, en aras de salvaguardar y proteger las garantías procesales fruto de la humanización del proceso penal.

5.1. Las antilogías de las premisas de la presunción de inocencia

El derecho procesal se fundamenta en la aspiración de la justicia como un sistema de valores, el cual hace posible la función jurisdiccional y la autonomía e independencia, frente a quienes lo consideran como un simple instrumento para hacer efectivo el derecho sustancial⁵³³.

Esta concepción implica un enfoque constitucional de la presunción de inocencia, porque además de consagrar el trato que debe recibir el implicado dentro del procedimiento, señala las cargas procesales probatorias y el estándar de conocimiento que debe alcanzar no solo su contradictor dialéctico; razón por la cual en el proceso de interpretación se debe procurar la armonía entre las normas que integran el sistema de fuentes sobre el cual se edifica el bloque de constitucionalidad, sin importar el rol o el interés procesal, por ende, en caso de conflicto o colisión de principios, se deberán preferir las normas que consulten la efectividad de los derechos sustanciales.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política colombiana de 1991 destacan la existencia de múltiples garantías procesales, las cuales se constituyen en una barrera contra los posibles abusos del Estado, de donde se derivará su responsabilidad en el evento de demostrarse el irrespeto de la máxima, razón por la cual los jueces colombianos tienen la obligación de interpretarla de manera conjunta con las leyes y los tratados supranacionales, verificando la compatibilidad de las mismas con el caso a decidir. De lo contrario, su proceder genera responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos fundamentales. Es decir que en la actividad judicial el control de convencionalidad deberá ser permanente para hacer efectivo no solo el carácter normativo de la Convención, sino de todos aquellos tratados que comprenden el sistema interamericano de defensa de estos derechos de forma similar a como se hace en el derecho interno con el control de constitucionalidad⁵³⁴.

533 LORCA NAVARRETE, Antonio María. El derecho procesal como sistema de garantías. En: Boletín mexicano de derecho comparado, Vol. 36, No. 107, 2003 p. 531-557.

534 RINCÓN PLAZAS, Elmer Ricardo. ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, clasificación perspectiva y alcances. En: Revista Iter ad Veritatem, 2013, Vol. 11, Tunja, Colombia: Universidad Santo Tomás, p. 197-214. “[Aspectos importantes en la definición] a) [Es...] ejercido no solo internacionalmente por la Corte Interamericana, sino que también debe ser ejercido por los jueces internos por vía de control concreto [...], o de control abstracto, función exclusiva de la corte Constitucional; b) [Es] superior al control interno de legalidad y de constitucionalidad; y c) [El] cierre interpre-

Es innegable que el diseño de la Ley 906 de 2004 trajo como consecuencia el traslado de algunos conceptos del derecho privado al derecho penal, como el sistema de partes y las cargas procesal y de la prueba, los cuales se relacionan con la conducta procesal de los sujetos en virtud del interés jurídico perseguido, temas que fincan sus raíces en los sistemas de corte dispositivo, donde el legislador le permite al juez aligerar el rigor de la evidencia para exigir de él la acreditación de los hechos que considere trascendentes para su decisión.

En el mismo sentido, se ha reconocido que la carga de la prueba es un estándar probatorio, desde donde se fijan las pautas mínimas a las que se deben ajustar las partes y deriva su triple función, esto es: (1) para la fijación formal de los hechos en litigio⁵³⁵; (2) como regla de conducta, porque le señala el camino a las partes respecto de cuál debe ser su comportamiento probatorio al interior del proceso, y (3) al fallador, como regla de juicio al indicarle la manera como debe proceder, para evitar proferir sentencias de carácter inhibitorio. Y si bien es cierto el origen de la contribución diligente de la prueba se encuentra en la legislación privada, para la Fiscalía es un imperativo constitucional desplegar la actividad probatoria, pues sobre ella pretende alcanzar el estándar de conocimiento exigido por el legislador para proferir sentencia, de lo contrario, quedará en el terreno de la duda razonable, imponiéndose la aplicación de la duda en favor del reo⁵³⁶, mientras que a la defensa le fueron reforzadas legalmente sus garantías, en virtud de la presunción de inocencia, vinculada al debido proceso.

Y es en este punto donde surge la discusión, porque si los principios armonizan las reglas de la carga procesal y los elementos de conocimiento que las partes pretenden acreditar acerca de la existencia o inexistencia de los hechos, la regla extralegal surgida como consecuencia de la interpretación judicial desequilibra la balanza frente a las garantías que afianzan y protegen los bienes jurídicos en litigio.

Lo anterior, porque la inversión de la carga en materia penal deja serias dudas para la defensa, lo cual es evidente con las diferentes posturas encontradas por

tativo lo da la Corte Interamericana y el cierre normativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

535 FERRER BELTRÁN, Jordi. Valoración racional de la prueba. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2007, p. 144-152.

536 BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008, p. 37.

la Corte Constitucional y la Corte Suprema (Sala Penal), pues como lo ha decantado la Sala Civil, “la aplicación de la carga dinámica de la prueba requiere de especiales valoraciones, según las circunstancias de cada caso, para establecer quien se encuentra en mejores condiciones debe probar”, aspecto que no fue definido por el legislador penal, y del cual se enterará la defensa al momento del fallo. Ello, porque independientemente de si la teoría se aborda como imposición, actividad o regla de conducta, todas ellas se refieren a la exigencia de ejecutar determinadas acciones para eludir los inconvenientes que le generen su inactividad o pasividad, pues al no ejecutarlos se arriesga a los efectos adversos, como lo pregona la Sala Penal.

De manera adicional, esta situación controvierte la semántica de las premisas expresadas en la norma rectora según la cual “toda persona se presume inocente y será tratada como tal, mientras quede en firme la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”; la contribución de la prueba acerca de la responsabilidad penal le corresponde al Estado, “sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga”, porque:

- Si se autoriza la aplicación de medidas cautelares, especialmente, la detención preventiva, se parte de la base de la probabilidad de la responsabilidad penal, no de su inocencia, por ende, mientras no demuestre lo contrario, será tratada como tal.
- En la utilización de la conjetura de la contribución diligente de la verificación, siempre se tendrá que demostrar la ajenez de participación o responsabilidad o, en su defecto, una situación favorable a sus intereses; de lo contrario, deberá asumir las consecuencias de su inactividad y se aplicará la regla de juicio en su contra.
- Si en el proceso penal se habla de verdad por adecuación, y con ella se satisface el estándar probatorio exigido por el legislador para proferir decisiones de fondo, solamente se arribará a la duda cuando existan problemas de congruencia entre el hecho, el derecho y la prueba (o en alguna de sus combinaciones) para que pueda ser cobijado por ella, de lo contrario, siempre se ubicará en grado de probabilidad.
- La manifestación relativa a la aplicación de la carga dinámica de la prueba al proceso penal se basa en la facilidad probatoria de la parte sin que se advier-

tan criterios objetivos para establecer cuándo la defensa se encuentra en esa situación.

- No existe posibilidad de conocer el momento procesal en que se traslada la carga de una parte a la otra, derivándose al momento de la valoración probatoria.
- Si la norma lo prohíbe de manera taxativa, la posición de la Sala Penal de la Corte conduciría a una vulneración directa de la ley por interpretación errónea⁵³⁷.
- Pese a los argumentos de autoridad esgrimidos por la Sala Penal de la Corte Suprema, la Corte Interamericana sostiene lo contrario frente a casos similares, basta con revisar los últimos pronunciamientos al respecto, de manera concreta el caso Zegarra Vs. Perú⁵³⁸, o, en el mismo sentido, el proferido por la misma Sala Penal, con ponencia de Bustos Martínez⁵³⁹.

Esta situación lleva a confirmar, una vez más, que los supuestos sobre los cuales se sustenta la presunción de inocencia riñen con la realidad, gracias a la incorporación de un modelo propio del derecho privado, que ha tenido su propio ciclo de maduración, donde se discuten intereses particulares, a diferencia del proceso penal colombiano.

Es importante evidenciar que el estado de inocencia es un derecho fundamental en constante contradicción frente al trato que se le debe prodigar al encartado durante toda la actuación, el cual se proyecta a otra serie de valores y principios como la libertad personal, el derecho de defensa y la refutación, pues si bien

537 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de febrero de 2000, MP. PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando. “En punto de técnica casacional, (181-3) el juez incurre en error cuando pretermite las reglas en la obtención, aducción, producción, incorporación y valoración probatoria, lo cual no permite arribar al estándar probatorio para eliminar la duda, errores que deben trascender hasta conectar con la vulneración de la norma sustancial; en ese sentido, señala que eventualmente puede invocarse como violación de la ley sustancial por falta de aplicación (181-1), advirtiendo que se debe tener en cuenta la descripción de la norma legal en su estructura y fuerza vinculante del precedente judicial; o en su defecto, y la que más parece adecuarse a nuestros fines, interpretación errónea (181-1), al erigirse como un error de hermenéutica sobre el significado y alcance de la norma llamada a regular el caso, pues se parte de que se acepta el precepto aplicado en cuanto es el que se vincula con el asunto concreto, pero se yerra en el proceso de interpretación, porque se le da un sentido o un alcance que no tiene. Luego entonces, como el equívoco judicial tiene que ver con el significado de la norma, el error recae en su entendimiento, porque se le da un valor que trastoca su verdadero contenido, menguándolo o aumentándolo o en algunos eventos tergiversándolo”.

538 CORTE INTERAMERICANA, Cfr., Caso Zegarra Marín Vs. Perú, 2017.

539 Ob. cit., sentencia del 8 de septiembre de 2015.

el Estado se ve enfrentado a proteger la ciudadanía del actuar delictivo, las personas de bien también se ven amenazadas por la legalización de los procedimientos del Estado que, en ocasiones, comprometen sus garantías fundamentales.

De ahí surge la duda, en razón a que al no existir criterios definidos en derecho penal para el desplazamiento de la carga probatoria, las garantías universales de la inocencia y la defensa se ubican en una situación de riesgo, porque su actividad se puede dificultar: cuando el implicado no cuente con los recursos necesarios para asumir el costo de una defensa técnica proactiva; cuando no disponga de los medios probatorios adecuados o, en su defecto, estos sean insuficientes; y el término que tiene la Fiscalía para iniciar la acción penal oscila entre los cinco y veinte años (es imprescriptible tratándose de conductas punibles de lesa humanidad)⁵⁴⁰. Por ese motivo, para evitar que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas pueda entrañar algún riesgo para la defensa en materia penal, se recomienda la eliminación del aparte donde se menciona de manera expresa la prohibición de su inversión o, en su defecto, su regulación legal, como sucedió en la legislación procesal civil.

Bajo los anteriores supuestos, la contribución diligente de la prueba en materia penal se podría entender en tres dimensiones: para la Fiscalía, como aquella actividad dialéctica orientada a establecer si cumple con la acreditación de los fi-

540 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (julio, 24, 2000), artículo 83. “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible. (Inciso modificado por el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad. (Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007). En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años. Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad. Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores. (Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011)”.

nes constitucionales, so pena de exponerse a las consecuencias adversas por el no cumplimiento de sus deberes. Para la defensa, como aquella actividad tendiente a garantizar su ejercicio, de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. Y para el juez, el poder-deber valorar en cada caso la facilidad probatoria, dada la sensibilidad de los derechos en juego, al colocar en simetría de circunstancias a los sujetos procesales.

Bajo estos parámetros, las garantías de la defensa del procesado serán la base argumentativa para reforzar el principio de igualdad de armas, orientadas hacia una nueva dinámica tendiente a la custodia y defensa del principio de inocencia, ante las nuevas reglas de comportamiento procesal impuestas por vía jurisprudencial.

En sondeo realizado a la Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima, en torno al conocimiento de las premisas que desarrollan la garantía procesal (trato, carga y estándar), de los seis magistrados que conforman la Sala de Decisión, cinco dieron respuesta y uno se abstuvo. Se identificó un conocimiento alto frente a la justificación constitucional de la detención preventiva y el significado del estándar probatorio, más no así en los demás aspectos, esto es, respecto de la cognición de la presunción de inocencia, el conocimiento y consecuencias de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y los criterios establecidos por el legislador para establecer el umbral de lo razonable.

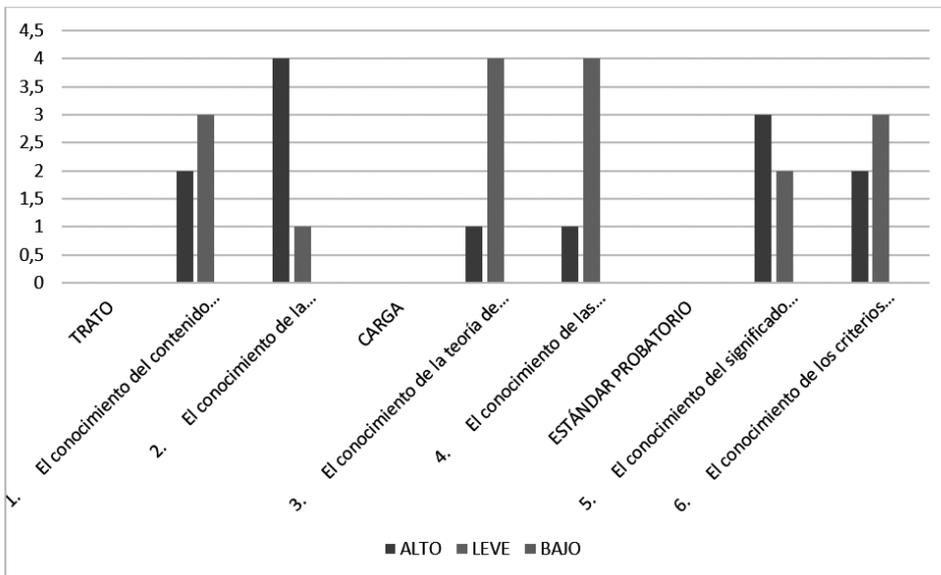
Cuadro 17. Sondeo realizado a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima.

TRATO		ALTO	LEVE	BAJO
1.	El conocimiento del contenido de la presunción de inocencia	2	3	0
2.	El conocimiento de la justificación constitucional de la detención preventiva mientras se define la responsabilidad penal del reo.	4	1	0
CARGA		ALTO	LEVE	BAJO
3.	El conocimiento de la teoría de la carga dinámica de la prueba	1	4	0
4.	El conocimiento de las consecuencias de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal es	1	4	0

ESTÁNDAR PROBATORIO		ALTO	LEVE	BAJO
5.	El conocimiento del significado de estándar probatorio	3	2	0
6.	El conocimiento de los criterios establecidos por el legislador para establecer el umbral de lo razonable	2	3	0

Fuente. Elaboración propia.

Figura 5. Gráfica informativa acerca del conocimiento acerca de las premisas que desarrollan la garantía procesal.



Fuente. Elaboración propia.

El cuadro 18 demuestra cómo la conjetura de la contribución diligente de la verificación invierte los supuestos sobre los cuales se edifica la presunción de inocencia.

Cuadro 18. Antilogías de la presunción de inocencia

PREMISAS	ANTILOGÍAS	TESIS
<p>TRATO:</p> <p>Toda persona se presume inocente, y será tratada como tal mientras no exista decisión en firme que defina su responsabilidad.</p>	<p>Si las medidas cautelares (detención preventiva) se encuentran justificadas constitucionalmente, el implícito no será tratado como inocente mientras se define su responsabilidad.</p> <p>Si la aplicación del test de ponderación justifica la existencia de las medidas cautelares que restringen las libertades y se erigen como necesarias, de la aplicación del test también se derivan razones que justifican la innecesariedad de tales medidas.</p> <p>Si acudimos a las teorías formales del derecho, la interpretación otorgada a la máxima vulnera el principio de legalidad, porque si presumir implica anteceder, la presunción es una exención del medio de prueba, por ende, no es cierto que la persona se presuma inocente mientras se defina su responsabilidad penal.</p>	<p>Si se acepta la definición de principio sostenida por Alexy, bajo el entendido de que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, se valida la tesis según la cual no es una norma de obligatorio cumplimiento.</p> <p>Por ende, no es preciso hablar de presunción de inocencia, sino de estado de inocencia, mientras se define la responsabilidad penal.</p>

PREMISAS	ANTILOGÍAS	TESIS
<p>CARGA:</p> <p>La carga de la prueba la tiene el Fiscalía. En ningún caso se invertirá la carga.</p>	<p>El principio de legalidad implica que cuando la norma es clara, al intérprete no le queda más remedio que su aplicación inmediata; por ende, si la premisa prohíbe invertir en todos los casos la carga de la prueba de la Fiscalía a la defensa, desde el punto de vista teórico-práctico, esta no tendría por qué soportar las consecuencias jurídicas derivadas de su inactividad, pese a encontrarse en un sistema de partes.</p> <p>Al aceptar la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se accede a sus supuestos y consecuencias, esto es, de un lado, al principio de solidaridad y facilidad probatoria, y de otro, a las reglas de conducta para la parte, y de juicio para el fallador, lo cual vulnera el principio de legalidad.</p> <p>La aplicación de la analogía <i>in malam partem</i> en contra del reo no es de recibo en el derecho penal.</p>	<p>No es adecuado hablar de carga dinámica de la prueba, sino de dialéctica procesal dentro del sistema de partes.</p> <p>De insistirse en su aplicación, se debe: (1) eliminar el acápite que prohíbe su inversión; (2) reglamentar la figura como sucedió en el CGP, donde se positivizó dada la inseguridad jurídica acerca de su aplicación por vía jurisprudencial. (3) No confundir la dinámica del proceso con la teoría de la carga dinámica de la prueba, porque mientras que el primer aspecto implica dialéctica; el segundo, además de lo anterior, impone estudiar la posición favorable de la parte respecto de la prueba, y las consecuencias por su inactividad, la cual, puede darse por factores, como dificultad o imposibilidad probatoria.</p>
<p>ESTÁNDAR PROBATORIO:</p> <p>De no llegar al estadio del más allá de toda duda razonable, se aplicará en su favor el <i>in dubio pro reo</i>.</p>	<p>Pese a lo sofisticación del término “más allá de toda duda”, adoptada por el legislador, no existen criterios objetivos que permitan establecer cuál es el umbral de lo razonable, confundándose con la probabilidad; por ende, los supuestos de hecho para aplicarse la duda en favor del reo son mínimos.</p>	<p>Al continuar con el umbral del convencimiento acerca de la materialidad y la responsabilidad del acusado como presupuestos para proferir sentencia de condena, la trilogía <i>hechos, prueba y argumentación</i> le brinda a la defensa criterios objetivos para desmentir el estado mental del más allá de la duda razonable, cuando las pruebas de descargo cuestionen las pruebas de cargo o, en su defecto, cuando su teoría se encuentre sustentada por elementos de juicio que le resten eficacia a la acusación, situación que le facilitará preservar el estado de inocencia y enfrentar a su contradictor dialéctico.</p>

Fuente: elaboración propia

Bajo los anteriores supuestos debe reinterpretarse la garantía procesal de la presunción de inocencia.

5.2. Sistema de garantías y derecho a la defensa

Al llegar a este punto, hemos visto el alcance integrador de las corrientes ideológicas sobre las cuales se sustenta el sistema de fuentes y la utilidad de las garantías procesales probatorias, en la búsqueda de soluciones consideradas correctas y justas para el derecho, como preámbulo para examinar la presunción de inocencia y el interés procesal en la actividad probatoria, lo cual abre la posibilidad de acudir ante los organismos internacionales para la defensa de sus garantías.

Pero, mientras ello sucede, la Fiscalía deberá pasar por el tamiz de la ritualidad para demostrar la ocurrencia de la conducta, la identidad del agresor, el nexo de causalidad; y la defensa, en el mismo sentido, sin estar obligada a ello, deberá demostrar lo que le interese. De manera consecuente, ante la evidente tensión entre las cargas procesales probatorias y el estado de inocencia, se impone el estudio y análisis del derecho a la defensa, en razón a que de las facultades de orden constitucional reconocidas se deriva una serie de garantías procesales sobre las cuales no se puede permitir su retroceso⁵⁴¹.

Y pese a que el proceso penal contemporáneo se encuentra enmarcado por altos estándares de protección a los derechos fundamentales acordados por la comunidad internacional, el traslado de los supuestos de la teoría de la contribución diligente de los medios de convicción del derecho privado al derecho penal genera un ambiente probatorio desproporcionado para la defensa.

Bajo ese entendido, al afirmar que por tratarse de un sistema de partes sus alcances son similares a los del derecho privado, se afectan los postulados de la presunción de inocencia. Por ese motivo, y para contrarrestar la contradicción normativa, la *trilogía de la defensa* se ofrece como una propuesta de trabajo, porque desde lo fáctico, lo probatorio y lo argumentativo se brindan herramientas para equilibrar la contienda, y se alerta a la comunidad académica acerca de los peligros que conlleva aceptar tal postura.

541 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127 de 2011. MP. CALLE CORREA, María Victoria.

En este orden de ideas, una adecuada comprensión de los hechos en el derecho, la claridad de los medios cognoscitivos y su capacidad para insertarlos, así como la capacidad de argumentación, desde la dialéctica y la retórica, tendientes a lograr acuerdos y persuadir, resultan fundamentales en la dinámica del sistema procesal penal, en aras de la protección de la garantía procesal amenazada.

Como reacción de la defensa ante las antilogías develadas, a continuación, se analizará la evolución y el reconocimiento del conjunto de garantías que conforman el derecho a la defensa, también llamada “principio de igualdad de armas” por la jurisprudencia⁵⁴².

5.2.1 Garantías generales y específicas del derecho a la defensa

Luego de precisar que la defensa está compuesta por un bloque garantías que conforman el debido proceso, que a partir de ella se despliega una serie de derechos al interior del proceso, su comprensión resulta fundamental para planificar y acercarse a la pretendida igualdad de armas, con respeto por las técnicas de la reconstrucción, de donde se desprenden otras garantías generales y específicas soportadas sobre la tríada de lo fáctico, probatorio y argumentativo. Es decir, mientras que las primeras se refieren a la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, la oralidad, la libertad, la legalidad, la carga de la prueba, la verdad y la justicia como criterio orientador en sus decisiones, y la duda probatoria; las segundas reconocen el derecho a la defensa material y técnica, a comunicarse de manera privada con el defensor técnico, a los actos de investigación y de prueba, a la prohibición de uso de información privilegiada, al derecho a guardar silencio, a ser oído, al conocimiento preciso de la situación fáctica, jurídica y probatoria, y al derecho a interponer los recursos.

Bajo estos supuestos, la dignidad humana se constituye en la fuente moral de donde derivan los demás derechos, especialmente, la defensa⁵⁴³, remontándose su origen a la religión judeocristiana, fundamentada en el antropocentrismo, que insiste en la singularidad de la especie del ser humano frente a las demás, y en el señalamiento del ser, como un fin en sí mismo; postura desde la cual nace a la vida

542 Ob. Cit., Sentencia C-536 de 2008. MP. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.

543 HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En: Diánoia, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Fondo de Cultura Económica (FCE) de México, Vol. LV, No. 64, mayo 2010, p. 3–25.

jurídica como un derecho humano aplicable a todos los seres sin distinción de su ocupación⁵⁴⁴.

Debido a su carácter abstracto, el concepto dignidad carece de univocidad, pero en materia penal existe consenso en afirmar que el trato que se le debe prodigar a quien sea sindicado debe ser respetuoso, acorde a su condición, sin exclusión por razón de su origen, etnia, sexualidad, opinión o ideología⁵⁴⁵. Encuentra respaldo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁴⁶, y a nivel nacional, en la Constitución Política, como fundamento del Estado social de derecho⁵⁴⁷, hecho que tiene hondas repercusiones a favor de todas las personas, porque impone deberes positivos de abstención para el Estado, a quien le corresponde velar porque el ser humano cuente con las condiciones mínimas adecuadas para desarrollar su plan de vida; por consiguiente, si el derecho a la “defensa es general y universal, no es restringible desde el punto de vista temporal”⁵⁴⁸.

En el plano procesal, el sindicado tiene *igualdad de oportunidades* frente a su contradictor dialéctico, es decir, posee a su favor el conjunto de deberes, derechos y garantías que le confiere el ordenamiento jurídico para preparar el caso y ejercer la defensa frente al recaudo de material probatorio, así como de solicitar y controvertir los elementos de juicio en un escenario *oral*, en razón a que una de las características del sistema procesal moderno es que el debate y las decisiones se profieran en un ambiente de “discusión argumentativa entre las partes”⁵⁴⁹, lo cual implica el derecho del implicado a ser escuchado⁵⁵⁰. Sin embargo, pese a que la

544 PELÉ LLLIE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. Universidad Carlos III de Madrid. En: Universitas, Revista de filosofía, derecho y política, No. 1, 2004-2005, p. 9-13.

545 Ob. Cit. Constitución Política. 1991, artículo 13.

546 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948. Preámbulo. “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca, y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y se reitera por el art. 1º, que reconoce la razón y la conciencia como atributos del ser, e invita a comportarse fraternalmente los unos con los otros.

547 Ob. Cit. Constitución Política. 1991, artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”.

548 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2008. MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

549 GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2011. p. 93.

550 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14-d. “...Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse perso-

oralidad se erige como un principio de nuestro sistema procesal penal, en algunas actuaciones se mantiene la tradición escrita, como la presentación del escrito de acusación, el recaudo y forma como se presentan en sede de audiencia algunos elementos de juicio en la etapa de la indagación o de investigación y la sentencia que pone fin a la contienda.

En este orden de ideas, la libertad solo puede ser afectada por orden de “autoridad judicial competente, con las formalidades y por los motivos previamente definidos en la ley”, garantía que solo puede ser afectada para cumplir los fines constitucionales de la medida, esto es, cuando “resulte necesaria para lograr la comparecencia del implicado, la conservación de los elementos de juicio, o la protección de la sociedad y las víctimas”, sin perder de vista que el Estado colombiano debe afrontar las consecuencias de su equivocada posición⁵⁵¹. Luego, si la premisa constitucional del debido proceso indica que el juzgamiento deberá ser conforme a la ley preexistente al acto imputado, previo cumplimiento de las formas procesales “ante juez o tribunal competente”, ello implica el respeto de las ritualidades establecidas por todos los intervinientes. Así pues, la *legalidad* es el primer referente al cual están sometidos los ciudadanos y los jueces en sus providencias⁵⁵², de donde deviene que al justiciable no le sea aplicado un procedimiento diferente al vigente de la comisión u omisión de los hechos por los cuales será sometido a juzgamiento⁵⁵³.

nalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...”. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículo 8-1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; ACTO LEGISLATIVO 03 de 2002, artículo 250-4. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo...”.

551 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 2. “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley... En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”.

552 Ob. Cit. Constitución Política. 1991, artículos, 29, 230.

553 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 6.

Lo anterior confirma que la carga demostrativa de la materialidad y responsabilidad de la conducta punible la tiene el Estado, de lo contrario, se obligaría al imputado a probar su inocencia para evitar que se presuma su culpabilidad, aspecto similar al denunciado por Beccaria desde el año 1764 en el proceso inquisitivo, con la diferencia de que el proceso acusatorio hoy cuenta con una serie de garantías derivadas del sistema de fuentes que evitan un absurdo jurídico, esto es, que el implicado demuestre su responsabilidad en el hecho⁵⁵⁴, y es en este sentido que debe entenderse la prohibición de la inversión de la carga probatoria.

De manera consecuente, si a partir de la Ley 906 de 2004 se suprimió la investigación integral, la Fiscalía solo está obligada a investigar lo desfavorable en contra del procesado, por ende, no puede convertirse en un ardid para lograr sentencias condenatorias. En el mismo sentido, si los jueces deben buscar la verdad y la justicia, como criterio orientador en sus decisiones, se reitera que el concepto de verdad buscado al interior de los procesos penales es por correspondencia, es decir, la construida por las partes a través del contradictorio, y que el modelo adoptado por Colombia prohibió la prueba de oficio en sede de juzgamiento sin sacrificar la imparcialidad y el ideal de justicia que deben alcanzarse en sus decisiones judiciales⁵⁵⁵.

En punto del convencimiento judicial, con anterioridad al año 2004 en Colombia se hablaba de certeza como el grado máximo de convencimiento para proferir sentencia de carácter condenatorio⁵⁵⁶, pero el vocablo fue reemplazado por el del convencimiento “*más allá de toda duda razonable*”, lo cual implica el reconocimiento de la duda como estándar probatorio adoptado por el legislador para proferir sentencia de carácter condenatorio⁵⁵⁷ y la superación de la inferencia razonable y la probabilidad de verdad al momento de valorar las pruebas sobre la materialidad y responsabilidad del acusado, sin temor a equívocos, porque, de subsistir la duda, no habrá certeza⁵⁵⁸. En este orden de ideas, de no lograr el objetivo propuesto, e incumplir el Estado con esa carga procesal, se aplicará a favor de la defensa la duda probatoria, como consecuencia de la presunción de inocencia,

554 *Ibíd.*, artículo 7°.

555 *Ibíd.*, artículo 5°.

556 *Ob. Cit.* Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 232.

557 *Ob. Cit.*, Ley 906 de 2004, artículos 91, 101.

558 SUÁREZ, José Leonardo. Inferencia razonable, Probabilidad de verdad y Conocimiento más allá de toda duda razonable. En: *Principia Iuris*, Tunja: Universidad Santo Tomás, 2014, Vol. 16, No. 16, p. 307-330.

pero al no existir criterios formales de aplicación, resulta de dudosa aplicación al quedar librada a la subjetividad del juez.

Desde otra perspectiva, la defensa también puede ser ejercida directamente por el encartado, quien por sí mismo “puede hacer valer sus argumentos y razones dentro del proceso judicial”⁵⁵⁹ en el idioma oficial, que en nuestro caso es el castellano, pero en el evento de que no entienda el idioma, el Estado le proporcionará un traductor o, en su defecto, un intérprete⁵⁶⁰. En el mismo sentido, podrá ser ejercida por un abogado especializado, persona de quien se presume la idoneidad y experiencia para debatir los cargos que formule la Fiscalía y asistir al desarrollo de la actuación, en razón a que dentro del mismo se cuestiona el derecho a la libertad, considerada como el tesoro más preciado que tiene todo ser humano⁵⁶¹.

Bajo ese contexto, antes de comparecer ante las autoridades respectivas, el implicado tendrá derecho a comunicarse de manera privada con su abogado para que con tiempo preparen la estrategia acorde a sus intereses, aspecto que resulta controvertido, porque ni los tiempos, ni los medios son los mismos para la Fiscalía que para la defensa, pues mientras que la primera cuenta con el término de vencimiento de la acción; la segunda cuenta con términos perentorios, una vez conozca los cargos, y con ella el tiempo adecuado para su preparación⁵⁶².

Al respecto, la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y O’Donnell⁵⁶³ refieren una serie de casos que sirven de criterio orientador para su protección⁵⁶⁴, desde donde advierte que la defensa debe solicitar una prórroga en el evento de que no cuente con el tiempo sufi-

559 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 994 de 2006. MP. ARAUJO RENTENRÍA, Jaime.

560 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 144.

561 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-152 de 2004. MP. ARAUJO RENTENRÍA, Jaime.

562 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 175.

563 O’DONNELL, Daniel. Ob. Cit., p. 418.

564 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Reid (G.W) Vs. Jamaica, 1994, párr.13.1, “El plazo de diez minutos era manifiestamente insuficiente para preparar la defensa de un evento de homicidio y que el juez debió advertirlo”; Caso Little Vs. Jamaica, 1991, párrafos. 8.3-8.4, “Llegó a la misma conclusión, al constatar que el defensor se reunió con el acusado por primera vez media hora antes del juicio, en tanto que en el caso Smith, el defensor dispuso de cuatro horas para prepararse a fin de defender al acusado”; Caso Philip Vs. Trinidad y Tobago, 1998, párrafo. 7.2, “el defensor fue nombrado un viernes para representar al acusado en un juicio oral el lunes, pero la defensora carecía de experiencia y la conducta acusada era sancionada con pena de muerte”.

ciente⁵⁶⁵, el cual puede ser más reducido cuando se trate de procesos colectivos⁵⁶⁶ o se restrinja el acceso a los elementos materiales y personales de prueba necesarios para preparar la defensa. Para ese fin, es necesario diferenciar los comportamientos de averiguación y verificación: así, mientras que los primeros se orientan al recaudo y a la obtención de las evidencias que serán utilizadas en el contradictorio para comprobar las premisas de los sujetos y justificar las decisiones que profieran los servidores en las etapas preliminares del procedimiento; los segundos tienden a incorporar los actos de investigación al proceso y a convertirlos en medios probatorios, dirigidos a verificar las proposiciones de las partes, en orden a obtener la verdad de lo sucedido⁵⁶⁷, y se traducen en la recopilación de evidencias en la escena del crimen, la recepción de entrevistas, la práctica de dictámenes periciales como el de balística, o el grafológico, orientado a determinar la autenticidad de un documento.

Por esa razón, el recaudo y la incorporación de los elementos de convicción deberán realizarse bajo el cumplimiento de la ritualidad exigida por la ley, los cuales se erigen como límite para la seguridad de las garantías, requiriendo de autorización judicial cuando se vean expuestos⁵⁶⁸. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la construcción del conocimiento dejó de encontrarse en diferentes escenarios procesales y de valorarse por un servidor que no tuvo conocimiento en su recaudo, como sucede en la Ley 600 de 2000, para concentrarse en un solo escenario, donde el mismo juez que decreta la prueba, presencia su producción y con posterioridad la valora. Esta premisa concentra el derecho a la defensa en sede del juicio, donde se surte el debate probatorio, y predomina la publicidad, porque el justiciable y la sociedad tienen derecho a enterarse del juzgamiento, por contraposición a los juicios escritos, donde la oralidad se reduce a una intervención pausada, y el funcionario se limita a transcribir lo que las partes le dictan.

565 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Henry (N) Vs. Jamaica, 1998, párrafo. 7.5, “lo expuesto ante el Comité no demuestra que ni el letrado ni el acusado se hayan quejado a la juez de que el tiempo para preparar la defensa no era suficiente. Si el letrado o el acusado no se sentían bien preparados, les incumbía pedir un aplazamiento”.

566 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 1981, p. 181. Hace referencia a procesos que implicaban 66 y 202 acusados.

567 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007. MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

568 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007. MP. CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime.

Contradictorio por contraposición a los monólogos, donde se reconoce a la Fiscalía y a la defensa como partes encontradas; concentrado en el sentido de que las audiencias se surtan en lo posible sin interrupciones y sin dilaciones, para combatir la morosidad; e imparcial, porque independientemente de la conducta que se juzgue, se debe establecer con objetividad la verdad⁵⁶⁹.

De esta manera, las conversaciones adelantadas con ocasión de los intentos de negociación son consideradas como *información privilegiada*, razón por la cual el Estado no puede utilizarlas para lograr la declaración de responsabilidad del implicado, en el evento de no perfeccionarse⁵⁷⁰. Y aunque en la Ley 906 de 2004 desapareció la indagatoria como presupuesto de vinculación, a diferencia de la Ley 600 de 2000⁵⁷¹, el procesado tiene derecho a guardar silencio, lo cual se extiende a su familia más cercana, inclusive a su compañero o compañera permanente, de donde se deriva la imposibilidad por parte del Estado de calificar en su contra esta conducta procesal, así como el derecho a ser oído, bajo la gravedad del juramento y de las formalidades del testimonio, con la aclaración de que todo lo que diga podrá ser utilizado en su contra⁵⁷².

En el plano procesal, los cargos endilgados en la imputación y/o acusación deberán ser exteriorizados en un lenguaje claro y cognoscible, “con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan”⁵⁷³, es decir, debe existir un conocimiento preciso de la situación fáctica, jurídica y probatoria para que, en el mismo sentido, la defensa pueda planificar de manera adecuada su estrategia. Bajo estos supuestos, tendrá derecho a enervar los recursos que le conceda la legislación en contra de las decisiones de carácter interlocutorio, o que pongan fin al proceso, a fin de “remediar los errores judiciales, y permitir una nueva evaluación del caso”⁵⁷⁴.

569 Ob. Cit. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 5.

570 Ibid., artículos 8, 348. “[Los preacuerdos], tienen como finalidad humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta justicia, activar la solución de los conflictos, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y lograr la participación del imputado en la definición de su caso”.

571 Ibid., artículo 127.

572 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 131, 282.

573 Ibid., artículo 8, h.

574 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2011. MP. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.

El cuadro 19 sintetiza las garantías generales y específicas que posee la defensa técnica y material, las cuales se extienden a todas las actuaciones procesales, incluidas las preliminares.

Cuadro 19. Garantías procesales de la defensa

Generales	Específicas
<ul style="list-style-type: none"> • Dignidad humana. • Igualdad de oportunidades. • Oralidad. • Libertad. • Legalidad. • Carga de la prueba. • Verdad y justicia. • Duda probatoria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Defensa material. • Defensa técnica. • Comunicarse de manera privada con la defensa técnica. • Actos de investigación y de prueba. • Prohibición de uso de información privilegiada. • Derecho a guardar silencio. • Derecho a ser oído. • Conocimiento preciso de la situación fáctica, jurídica y probatoria. • Derecho a interponer los recursos.

Fuente: elaboración propia.

5.2.2 Evolución y desarrollo del derecho a la defensa

El amparo de derechos, también de carácter universal, se erige como salvaguarda del procedimiento para preservar la presunción de inocencia y la contención de las actuaciones arbitrarias por parte de los servidores públicos. Se activa desde el momento en que el presunto sujeto activo tiene conocimiento de que en su contra se adelanta una indagación preliminar, por lo cual todas las entidades tienen el deber de suministrar la información que requiera, sin que se puedan oponer; de lo contrario, sus posibilidades orientadas a controvertir los cargos se verán limitadas⁵⁷⁵.

Bajo este contexto, la defensa como garantía encuentra respaldo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷⁶ y en la Convención Americana

575 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 267, 268; Véase también, Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2008, PINILLA PINILLA, Nilson.

576 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 14. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene el derecho, en plena igualdad, como “garantías mínimas a hallarse presente en el proceso, y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le

sobre Derechos Humanos⁵⁷⁷, hace parte del sistema de fuentes y goza de reconocimiento expreso en todas las constituciones del continente americano (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Estados Unidos de Norteamérica y México)⁵⁷⁸, quienes la ratificaron como parte fundamental del debido proceso.

asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

- 577 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8.2. Establece las garantías mínimas de todas las personas inculpadas de algún delito, dentro de las cuales están las de estar “asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”; a comunicarle “previa y detallada la acusación”; a la “concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa”; a la defensa material o técnica de su elección así como a comunicarse libre y privadamente con él; a “ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor”; a “interrogar a los testigos presentes y obtener su comparecencia”; a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.
- 578 ARGENTINA. Constitución Política de Argentina, 1994, artículo 18. “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”; BOLIVIA. Constitución Política de Bolivia, 2009, artículo 16. Precisa el carácter inviolable del derecho de defensa en un proceso judicial. Así como la necesidad de asistencia letrada desde el momento de detención del inculpado; BRASIL. Constitución Política de Brasil, 1988, artículo 54. Garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y una amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma; CHILE. Constitución Política de Chile, 1980, artículo 19. Asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, no cabiendo impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera; ECUADOR. Constitución Política de Ecuador, 2008, artículo 24. Reza que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento, ni se puede efectuar interrogatorio sin la asistencia de un abogado defensor, porque priva de eficacia probatoria cualquier diligencia; Constitución Política de Paraguay de 1992, artículo 16. Al igual que en Argentina, señala que la defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable; PERÚ. Constitución Política de Perú, 1993, artículo 139 incisos 14 y 16. Reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, establece el derecho a la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos, en los casos que la ley señala; URUGUAY. Constitución Política de Uruguay, 1967, artículo 18. No lo consagra de manera expresa, pero en el art. 18 prevé que “la ley fijará el orden y las formalidades de los juicios”; VENEZUELA. Constitución Política de Venezuela, 1999, artículo 49 inciso 1°. “La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”, y precisa que “toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas, de la disposición de tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa”; GUATEMALA. Constitución Política de Guatemala, 1993, artículo 12. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables; Constitución Política de Honduras de 1982, artículo 82. El derecho de defensa es inviolable; EL SALVADOR. Constitución Política de El Salvador, 1983, artículo 12. Garantiza al detenido

Al descender a los modelos de justicia penal en Colombia, de manera concreta en la Constitución de 1886, se advierte la ausencia expresa de la estructura básica del proceso penal como hoy en día se cuenta, lo cual es coincidente con los modelos de corte inquisitivo adoptados con los decretos 409 de 1971 y 050 de 1987, donde el juez unipersonal era quien investigaba y decidía las causas penales.

Con la Constitución del 1991, el acceso a la administración de justicia fue reconocido como un derecho fundamental⁵⁷⁹, así como la posibilidad de ejercer la defensa con o sin abogado⁵⁸⁰; en el mismo sentido, con el surgimiento de la Fiscalía General de la Nación, se empezó a hablar del respeto por la legalidad y del derecho a la defensa sin las limitaciones que traían sus antecesores.

Con el Decreto 2700 de 1991 desapareció el jurado de conciencia, y depositó el proceso de valoración probatoria en el juez de la causa; se amplió el marco de acción del Ministerio Público en defensa de las garantías procesales; se formalizó el servicio de defensoría pública, y a la defensa material se le otorgaron las mismas facultades que a la defensa técnica, salvo la sustentación del recurso de casación.

la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca; PANAMÁ. Constitución Política de Panamá, 2004, artículo 22. “Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa”. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales. La Ley reglamentará esta materia; ESTADOS UNIDOS. Constitución Política de los Estados Unidos, 1787, artículo VI adicional a la Constitución. Dispone que “en todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, previamente fijado por ley”; “a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación”; “a carearse con los testigos en su contra”; “a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos que cite a su favor y a la asistencia de abogado para su defensa”; MEXICO. Constitución Política de México, 1917, artículo 20-VIII. El ciudadano tiene derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención, si no quiere o no puede nombrarlo, el juez le designará un defensor público. Y su defensor tiene derecho a comparecer en todos los actos del proceso, y la obligación de comparecer cuantas veces se le requiera.

579 Ob. Cit., Sentencia T-799 de 2011. MP. SIERRA PORTO Humberto Antonio. “Este derecho ha sido entendido como la posibilidad [de] todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley”.

580 Ob. Cit. Constitución Política, 1991, artículos 229, 29.

Por su parte, la Ley 600 de 2000 señaló la integralidad como fundamento de la defensa, la cual debe ser ininterrumpida, técnica y material, sin posibilidades de ser incomunicada⁵⁸¹, mientras que la Ley 906 de 2004 fue más explícita en la estipulación de las garantías procesales de la defensa⁵⁸².

Finalmente, la Ley 1826 del 2017 estableció un procedimiento penal especial abreviado, por medio del cual se reguló la figura del acusador privado, lo cual significa que la Ley 906 de 2004 ya no es el único sistema procesal para darle curso a la “acción penal por la comisión de determinadas conductas”⁵⁸³, en razón a que se trasladó la función constitucional de la Fiscalía a la víctima, quien mediante apoderado judicial hoy asume ese rol, reduciendo el proceso a dos audiencias⁵⁸⁴, y dejando incólumes las garantías de la defensa.

581 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (julio, 24, 2000), artículo 8°.

582 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 8°. “Nadie será obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; a no auto inculparse ni inculpar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; a que en su contra no se utilice el silencio ni el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad si no llegaren a perfeccionarse; a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; a ser asistido gratuitamente por un traductor, en caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente; a tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades; a conocer los cargos que le sean imputados, en términos comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; a disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa; a solicitar, conocer y controvertir las pruebas; a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en donde pueda interrogar a los testigos de cargo, y a obtener la comparecencia; en el evento que desee auto inculparse y renunciar al juicio requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”.

583 Ibid., Cfr. artículo 74. “Conductas punibles que requieren querrela.

584 Ob. Cit., Ley 1826 (enero, 12, 2017). El proceso inicia con el traslado del escrito de acusación de la Fiscalía al presunto autor del ilícito o a su defensor, acto en el cual se descubre todo el material probatorio, se efectúa la solicitud de reparación de los daños ocasionados con el delito, y “se interrumpe la prescripción de la acción penal”; cumplido lo anterior, sigue la audiencia concentrada (de acusación y preparatoria), lapso en el cual el imputado deberá preparar su defensa así como los elementos probatorios que requiera para tal fin, la cual se llevará a cabo ante el juzgado de conocimiento; culminada ésta, se llevará a cabo la audiencia de juicio oral, igual que la prevista por la Ley 906 de 2004, pero desaparece la audiencia de lectura de fallo, y la posibilidad de interponer recursos de apelación de forma oral porque la sentencia será proferida por escrito, concediendo el término de ejecutoria a las partes para que interpongan y sustenten las inconformidades que se susciten con el fallo.

Quiere decir lo anterior que, con el acogimiento del modelo de Estado social de derecho previsto en la Constitución de 1991, se entendió que los jueces deben anteponer los principios y las normas de la Constitución a la ley⁵⁸⁵, y hasta el año 2002, con el Acto Legislativo 03 del mismo año, la investigación dejó de ser monopolio del Estado⁵⁸⁶. Bajo este entendido, la estructura actual del procedimiento se edifica en el “sistema de partes y la igualdad de oportunidades procesales”, dándole a la defensa la posibilidad de realizar su propia investigación y de recaudar sus propios elementos de convicción, desde una perspectiva diferente a la de su opositor dialéctico⁵⁸⁷, en razón a que no opera la investigación integral prevista en la Ley 600 de 2000⁵⁸⁸.

De esta forma se advierte cómo, a partir de la Constitución de 1991, la defensa técnica y material es cada vez más garantista, al hacer realidad principios procesales como la percepción, el conocimiento, la oralidad, la contradicción, la diligencia y la concentración, que hoy definen la esencia del procedimiento antagónico del inquisitivo, y le permiten la búsqueda de los elementos materiales y su reconstrucción, dándole paso a nuevos conceptos como el sistema de partes, la prueba ilícita, el deber de aseguramiento y el descubrimiento de los elementos probatorios.

5.2.3 El derecho a la defensa desde la jurisprudencia

Para la Corte Interamericana, el respeto por las formas se encuentra ligado con el “derecho de defensa procesal”, consistente en la posibilidad “de toda persona a ser oída con las debidas garantías, [...] dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos”, sin importar el área⁵⁸⁹.

585 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 406 de 1992 MP. ANGARITA BARÓN, Ciro.

586 Ob. Cit. Ley 1826 (enero, 12, 2017).

587 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-396 de 2007 MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Lo anterior fue aceptado por vía jurisprudencial, porque no está previsto de manera expresa.

588 Ob. Cit., Ley 600 (julio, 24, 2000), Artículo 20.

589 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. artículo 8-1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Es decir que en su ejercicio se debe observar la ritualidad orientada a “proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, en otras palabras, son las “condiciones que [se deben] cumplir para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁵⁹⁰.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sostenido que integra el debido proceso “el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico [...], de manera que durante el trámite se puedan hacer valer [los] derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia”⁵⁹¹. Ello quiere decir que debe ser entendido como la oportunidad de toda persona “de ser oída, de hacer valer [sus] razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga, [pues busca] impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”⁵⁹².

Por tanto, identifica la defensa como “una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”; y su ejercicio comprende la defensa material, correspondiéndole directamente al sindicado, y la defensa técnica, ejercida a través de un abogado particular, o nombrado a través de la Defensoría Pública⁵⁹³.

En este sentido la defensa, unida a la contradicción, también puede eventualmente entrar en tensión con otros derechos, razón por la cual puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando su núcleo esencial no se vea afectado, consulte los “criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no desconozca otros

590 CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132; Caso Maritza Urrutia, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang, párr. 202., citado por MONTERO, Diana; SALAZAR, Alonso. DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTEAMERICANA DE DEECHOS HUMANOS. Recuperado de <https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial>, el 7 de marzo de 2018.

591 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2009, MP ESCOBAR GIL, Rodrigo; Véase también, Corte Constitucional, sentencia C-127 de 2011, MP CALLE CO- RREA, María Victoria.

592 Ob. Cit., Sentencia C-617 de 1996, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

593 Ob. Cit., Sentencia C-799 de 2005, MP. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime.

derechos fundamentales, como la igualdad”, lo cual significa que la función “del juez es tratar que todos los principios que eventualmente entren en tensión, sean garantizados en la mayor medida posible”⁵⁹⁴.

Bajo las anteriores premisas, la defensa técnica hace parte del debido proceso⁵⁹⁵, y de su ejercicio se derivan otros derechos como la igualdad de oportunidades⁵⁹⁶, “lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate en el que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”⁵⁹⁷. De este modo, “a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna”, razón por la cual nace desde las preliminares y se extiende a lo largo del proceso hasta la decisión que ponga fin a la actuación⁵⁹⁸.

5.3. El derecho a la defensa, bases de la nueva dinámica

Como la noticia criminal es el primer elemento a tener en cuenta porque a través de él la Fiscalía tiene la opción de iniciar la investigación preliminar sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y donde su ejercicio se orientará al recaudo de la evidencia material y personal que considere apta para establecer si el hecho existió, la conducta es típica, e identificar a los presuntos autores⁵⁹⁹, desde ese momento se

594 Ob. Cit., Sentencia C-371 de 2011. MP. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.

595 Ob. Cit., Sentencias C-507 de 2001, MP. Tafur Galvis, Álvaro; C-131 de 2002, MP. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime; C-228 de 2002, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; C-040 de 2003, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés; C-328 de 2003, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; y C-152 de 2004, MP. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime.

596 Ob. Cit., Sentencia C-617 de 1996 MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

597 Ob. Cit., Sentencia C-1194 de 2005, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo

598 Ob. Cit., Sentencia C-025 de 2009, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo.

599 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), arts. 213-244, 245: “Actividades que no requieren solicitar autorización al juez de garantías: inspección al lugar del hecho, al cadáver y a lugares distintos, aseguramiento y custodia de sus elementos; exhumación, registros y allanamientos con motivos fundados, captura en caso de flagrancia, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y cosas, infiltración en organizaciones criminales y operaciones encubiertas contra la corrupción, entrega vigilada, búsqueda selectiva en bases de datos, y exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado”.

activa el derecho a la defensa, a excepción de las diligencias que tengan el carácter de reservadas⁶⁰⁰.

Quiere decir lo anterior que culminada la indagación, y una vez considere la existencia de suficientes elementos probatorios de los cuales pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y el implicado es su autor o partícipe, formalizará la acusación y dará inicio a la siguiente fase donde operará el descubrimiento probatorio, luego de lo cual seguirá la audiencia preparatoria, donde la defensa tendrá que descubrir de manera formal los elementos que pretenda hacer valer en la audiencia de juzgamiento, escenario donde finalmente se surtirá el debate.

Es decir que mientras que al ente investigador le corresponde presentar un planteamiento especulativo sobre los hechos, las normas aplicables y el material probatorio, a la defensa le surge la carga de buscar, identificar, recoger y embalar la “evidencia física, así como de realizar entrevistas y las valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley”⁶⁰¹, con el fin de hacer efectivas las garantías antes estudiadas. Este panorama sugiere un modelo procesal de acción y reacción entre las partes, donde la búsqueda de los elementos personales y materiales de convicción se sustenta en la experiencia y en la percepción, sujeta a las reglas metodológicas de la criminalística⁶⁰² para la explicación y prueba de las conductas punibles, porque la crítica permanente y la pérdida de la oportunidad serán la constante⁶⁰³.

600 Como “el control de legalidad sobre allanamientos y registros, la interceptación de comunicaciones, la vigilancia y seguimiento de personas y de cosas, la realización de inspección corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado”, el procedimiento “en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales, la solicitud de medidas cautelares, la formulación de la imputación, el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad, y las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo”, entre otras. *Ibid.* artículos 153, 154, 155.

601 *Ibid.*, artículos 344 y ss.; 355 y ss., y 366.; 124, 125, 267 y 268.

602 Resulta necesario para la defensa tener presente la existencia de los Manuales de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, y Único de Policía Judicial, disponible en www.fiscalia.gov.co, los cuales se constituyen en fuente de información necesaria para la realización de las labores de los funcionarios de la Fiscalía y los servidores de policía judicial, en razón a que allí se consignan todas las fases y protocolos del procedimiento penal objeto de estudio a efectos de ejercer una adecuada contradicción.

603 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186 de 2008. MP. PINILLA PINILLA, Nilson. Enfatizó la Corte, que en el nuevo sistema se realizó una distribución de cargas procesales, en razón a que tanto el imputado como su defensor deben ser diligentes en la aportación de elementos de juicio que sustenten su teoría del caso y confronten la versión del ente acusador.

De esta manera se infiere que no existe informalidad en la recolección o en la ritualidad de la incorporación de los elementos probatorios; por el contrario, exigen un alto estándar de cumplimiento, porque la valoración de la evidencia será expuesta a la legalidad, a la autenticidad, al sometimiento de la “cadena de custodia y a la aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda”, sin importar quien la aporte⁶⁰⁴.

Para estos efectos, las entidades oficiales y los particulares deberán colaborar en la búsqueda de la evidencia, sin que puedan oponer reserva⁶⁰⁵, y si en el curso de la investigación la defensa requiere tener acceso a elementos de juicio que afecten derechos constitucionales, deberá obtener el beneplácito del juez para preservar la afectación a las garantías constitucionales⁶⁰⁶; en el mismo sentido, si carece de recursos económicos, el Estado le proporcionará un defensor técnico, quien también podrá acceder a los organismos oficiales para que realicen los exámenes pertinentes.

De lo anterior se colige que la dinámica procesal de la defensa se encuentra conformada por un catálogo de conductas (deberes, obligaciones y cargas) que demandan gran responsabilidad; luego, además de tener claridad sobre la base conceptual contenida en las diferentes corrientes del pensamiento y del entramado de garantías que conforman el sistema de fuentes, su ejercicio girará en torno a tres elementos fundamentales: la adecuación del hecho al derecho, los medios de persuasión racional (los cuales fueron objeto de estudio en el capítulo anterior) y la teoría de la argumentación.

5.3.1. El hecho y el derecho probatorio

Los hechos son episodios susceptibles de ser percibidos por nuestros sentidos, y en materia judicial, por tener consecuencias en el mundo jurídico, son relevantes los de la naturaleza o del comportamiento humano. En esta línea, la Real Academia de la Lengua los asimila a la acción u obra, a la cosa que sucede, o al asunto o materia de que se trata⁶⁰⁷. Bajo estas premisas, el hecho en el derecho se convierte en el antecedente y en la causa de la relación jurídica, porque solamente

604 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 124, 125, 267, y 273.

605 Ob. Cit., Ley 1142 de 2007.

606 BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. Litigación penal y juicio oral. Chile: Editorial del Fondo de Justicia y Sociedad, 2004, p. 18.

607 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA Diccionario de la lengua. 23ª edición, 2014.

los hechos probados y fundamentados serán aplicados, de ahí su importancia en materia procesal.

Desde otra perspectiva, si por hecho se entiende “todo lo que se sabe o supone que pertenece a la realidad”⁶⁰⁸, el objeto y tema de prueba se refieren a aspectos distintos; así, mientras que el primero hace relación a los hechos en sentido general, entendidos como fenómenos demostrables, que responden a la pregunta ¿qué puede probarse?; el segundo corresponde a los enunciados fácticos relevantes que se pretenden demostrar al interior del proceso, y responde a la pregunta ¿qué debe probarse?⁶⁰⁹

La respuesta a estos interrogantes los proporciona la carga de la prueba, la cual, como se ha analizado, gira alrededor del interés procesal de las partes, por ser ellas quienes tienen el deber (Fiscalía)–facultad (defensa) de acreditar los hechos considerados jurídicamente relevantes, necesarios para sustentar su particular teoría y poder esgrimir las razones de hecho y derecho en que se apoyan las pruebas.

En el plano procesal, la Ley 906 de 2004 prevé que los actos de comunicación (imputación y/o acusación) deben ser armónicos en sus tres elementos, verbigracia, entre lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio; por ende, limitar los hechos de vital importancia, porque a partir de ahí se precisarán los fundamentos de derecho y delimitará la controversia sobre la cual girará el debate probatorio en sede de juicio⁶¹⁰.

Es decir que, para lograr su cometido, los hechos relevantes se deberán relacionar de manera clara y precisa, y redactar en un lenguaje claro y comprensible

608 PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba judicial. Análisis y valoración. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, p. 18.

609 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimoquinta edición. Bogotá: librería ediciones del profesional limitada, 2006, p. 143.

610 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-592 de 2000 MP. BELTRAN SIERRA, Alfredo; T-450 de 2001 M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; T-025 de 2002 MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo. “[La congruencia de las resoluciones judiciales está directamente relacionada] con el debido proceso y el derecho de defensa, lo que significa una debida coherencia entre los hechos, las pretensiones y la decisión. Es decir, el juez debe resolver todos los aspectos ante él expuestos. Y es su obligación explicar las razones por las cuales no entrará al fondo de alguna de las pretensiones”. Además, “en virtud de [ella], el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita); de no ser así, con su actuación estaría desbordando, positiva o negativamente, los límites de su potestad...”

para que el juez se pueda pronunciar directa o indirectamente sobre ellos, relacionándolos con las pruebas y sus consecuencias.

Parra señala sobre este aspecto que los hechos necesarios a probar dentro del proceso se denominan tema de prueba, “por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso”⁶¹¹; esto es, lo que interesa demostrar en el proceso, y sobre los cuales versará la investigación penal y el debate probatorio para que pueda pronunciarse la decisión de fondo, encuadrados dentro de precisas coordenadas de tiempo y espacio previstas en las normas de carácter sustancial.

Desde la arista constitucional, la Fiscalía es la encargada de investigar los hechos considerados punibles con pretensión de verdad⁶¹², y para evitar sorprender al implicado con supuestos fácticos distintos que cambien la delimitación del objeto⁶¹³, acusa bajo el supuesto de “que la conducta existió y el imputado es su autor o partícipe”⁶¹⁴.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido que la acusación pone fin a la investigación y da paso a una nueva etapa, donde se fijan los temas que serán debatidos en sede de juicio⁶¹⁵, porque la principal carga procesal que soporta consiste en convencer acerca de la ocurrencia de los hechos que determinen la materialidad y la responsabilidad del inculpado con los medios de prueba disponibles, con respeto por las reglas de la prueba que limitan su recolección y las garantías procesales⁶¹⁶; mientras que la defensa se debe centrar en el estudio del hecho, acaecido en el mundo fenomenológico, con precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como consecuencia de la acción u omisión, expresado en términos comprensibles⁶¹⁷, el cual se constituirá en el tema de prueba y en el centro de su investigación.

611 PARRA QUIJANO, Ob. Cit., p. 143.

612 Ob. Cit. Constitución Política, 1991. Artículo 250 modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

613 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2010, MP SIERRA PORTO, Humberto Antonio.

614 Ibid., Cfr. Artículo 336.

615 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005, MP MONROY CABRA, Marco Gerardo.

616 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

617 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 8- literal h.

Bajo este supuesto, en virtud del estado de inocencia, la defensa podrá conocer la situación fáctica, jurídica y probatoria presentada en su contra, para que adopte la estrategia procesal que mejor disponga y, en el mismo sentido, con imparcialidad el juez pueda construir, como dice Taruffo, su versión sobre los hechos⁶¹⁸ en la búsqueda de la verdad y la justicia con objetividad⁶¹⁹.

Lo anterior, porque el sistema judicial se sustenta en la reconstrucción histórica de los hechos, considerada correcta a través de la distribución de roles, donde la carga procesal de las partes consiste en llevarle al juez la verdad por correspondencia⁶²⁰, esto es, la adecuación entre su conocimiento y el objeto, lo que quiere decir que únicamente se podrá pronunciar el derecho sobre lo demostrado y ocurrido, de la misma forma en que le es presentado⁶²¹.

Para diferenciarla de la verdad buscada por los sistemas penales autoritarios (denominada sustancial o material), existe consenso en afirmar que una de las finalidades de los procesos de corte garantista es la búsqueda de la *verdad procesal por correspondencia*, donde la actividad probatoria aporta un conocimiento probable, en razón a que las inferencias probatorias constituyen silogismos inductivos y no existe la posibilidad de alcanzar la certeza, solo cierto grado de probabilidad⁶²².

El anterior concepto de verdad coincide con el propuesto por Hassemer, quien refiere que el juez no descubre la verdad material sino la obtenida por la vía formal o forense, la cual se dirige a la comprensión escénica del proceso penal⁶²³, esto es, que el criterio de verdad utilizado al interior del proceso es la comprobación empírica, donde se aplica el modelo epistemológico, porque los enunciados fácticos son verdaderos si los hechos que se describen realmente sucedieron. En la misma vía se ubican Gascón y Peña, quienes sostienen que la verdad procesal se da

618 TARUFFO, Michelle, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010, p. 67.

619 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículo 5. Imparcialidad. "En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia".

620 LAKOFF, George y JOHNSON, Mark. *Metáforas de la vida cotidiana*. 4º edición. Madrid: Ed. Cátedra, 1980, p. 222.

621 FERNÁNDEZ, Gabriela Rodríguez. El ethos de las decisiones penales: verdad real y consenso. En: *Aposta, Revista de ciencias sociales, Mostoles, España: 2005, No. 22, p. 2.*

622 RAMÍREZ, Pablo Raúl Bonorino. ¿Puede la epistemología ser árbitro en las disputas sobre políticas legislativas? En: *Anuario de filosofía del derecho, España: Universidad de La Rioja, No. 26, 2010, p. 289-304.*

623 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1984, p. 190-191.

por correspondencia, en razón a que la reconstrucción de los hechos se considera verdadera si la descripción contenida en los enunciados se adecua probablemente con lo que realmente ocurrió⁶²⁴. Con ello se quiere significar que los hechos deben coincidir con los requisitos de la acusación exigidos por el legislador penal cuando quiera considerar que de los elementos de prueba presentados “se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta realmente existió”⁶²⁵; de ahí la exigencia de que los hechos sean expresados de manera comprensible, no solo para que la defensa los entienda, sino para dar aplicación al principio de congruencia sobre el cual girará con posterioridad el juicio valorativo⁶²⁶.

Deberá entonces existir plena armonía entre los aspectos fácticos de la acusación (identidad de hechos y circunstancias) y la sentencia, porque en virtud del mencionado principio, al juez de la causa le está prohibido condenar por conductas que no encuadren en los hechos expresados en la imputación y/o acusación, o condenar por agravantes previamente endilgados; en caso contrario, surgirá la posibilidad de invalidar la decisión por violación del derecho a la defensa, pues solo se permite como única excepción la condena por una conducta de menor pena a la comunicada por el ente acusador⁶²⁷.

Ante esta situación, y para un adecuado manejo de las diferentes circunstancias que rodean los hechos, es deber de la defensa realizar un trabajo metodológico —aplicable no solo al procesal penal—, y pese a que la Ley 906 de 2004⁶²⁸ lo reservó para la Fiscalía, no se puede pensar que la defensa no deba hacer lo propio,

624 GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial: a propósito de las observaciones de Mario Ruiz. En: Anuario de filosofía del derecho, España: Universidad de Castilla La Mancha, No. 19, 2002, p. 489-496; Ciudad; Véase también PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba judicial. Análisis y valoración. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, p. 24.

625 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de Casación Penal, sentencia del 8 de marzo de 2017, MP. SALAZAR CUELLAR, Patricia.

626 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), artículos 372-2; 357 y 375.; 448.

627 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de mayo de 2011. MP. BUSTOS, José Leonidas.

628 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004), Cfr. artículos 354; 207: “...Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial (...) trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos, (...) ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y

porque en él se trazarán los objetivos en relación con la estrategia defensiva, así como la delimitación de las tareas, en circunstancias de tiempo, modo y lugar, que debe adelantar con el fin de lograr sus objetivos, porque le permitirán construir su propia teoría.

Corolario de lo anterior, la defensa deberá tener en cuenta que los hechos jurídicamente relevantes comunicados correspondan a los enunciados fácticos que describen las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los cuales versará el tema de prueba, los que, en el mismo sentido, podrán ser aceptados o negados por su opositor dialéctico (contraparte), o en su defecto, por el juez, quien puede apartarse de ellos para construir una tercera versión de los mismos. Es decir, de la claridad fáctica se derivará el planteamiento especulativo orientado a la comprobación de la conducta punible, luego de lo cual procederá el proceso de subsunción con la norma jurídica aplicable⁶²⁹ para que la defensa pueda identificar cuáles son las pruebas de su interés y lograr los fines perseguidos⁶³⁰.

Los anteriores supuestos derivarán la teoría del caso, referida a la versión que cada una de las partes tienen acerca de la forma como sucedió la situación fáctica y se deben aplicar las normas al caso, de acuerdo con las pruebas que se viertan al interior del proceso; de ahí la importancia de conocer de manera oportuna los hechos sobre los cuales se edifica la imputación y/o acusación para poder planificar y ejecutar el planteamiento trazado.

Así las cosas, una buena teoría le permitirá a la defensa enmarcarse dentro de dos alternativas, de refutación (directa o indirecta), en el evento optar por ir a debate, o de negociación, si está seguro de que los hechos relevantes se encuentran demostrados, y la posibilidad de condena es inminente⁶³¹; de ahí la importancia de ser consistente y capaz de explicar de manera simple, lógica y persuasiva los hechos de la causa⁶³². Si elige la primera (directa), deberá evaluar las posibles alternativas que se le presenten, esto es, estar en capacidad de advertir si los he-

evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas...”

629 LEÓN PARADA, Víctor. ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2005, p. 217.

630 AGUILAR FREGOSO, Violet. Análisis comunicativo de la teoría del caso. *Iter Criminis*. En: Revista de ciencias Penales. Instituto nacional de ciencias penales. México, Cuarta Época, No. 21., mayo-junio, 2011, p. 17.

631 SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe. La teoría del caso. Bogotá: Defensoría del Pueblo, p. 91.

632 BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. Litigación penal y juicio oral. Chile: Editorial del Fondo de Justicia y Sociedad, 2004, p. 102.

chos endilgados son típicos; si existen suficientes elementos de juicio para lograr un juicio de responsabilidad o, en su defecto, para controvertir la acusación; si se encuentra en presencia de causales de ausencia de responsabilidad, o de prueba ilícita que deba ser excluida⁶³³; pero si no cuenta con elementos de juicio (indirecta), deberá reprochar las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, esto es, mostrar la falta de solidez de la acusación, y cuestionar las pruebas de su contrincante para desestimar su valor, así como las conductas o personas que intervengan en el proceso⁶³⁴.

Mientras que la hipótesis de la teoría debe guardar concordancia con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos; ser capaz de explicarlos de manera simple y sustentada en el principio de legalidad; única, pero con capacidad de adecuación a las variaciones del debate sin perder la credibilidad⁶³⁵ y, sobre todo, evitar posturas improbables; por el contrario, si elige negociar, deberá evaluar los elementos de convicción existentes y sopesar si es mejor optar por alguno de los mecanismos de terminación anticipada, como los acuerdos o el principio de oportunidad, y observar los parámetros de aceptación decantados por la Fiscalía, porque posterior a ello deberá pasar por un control de legalidad.

Se advierte, entonces, que la adecuación de los hechos en el derecho resulta fundamental para una adecuada elaboración de la hipótesis fáctica. Esta, a su vez, es determinante para la preservación del estado de inocencia y la defensa, porque dependiendo de la complejidad del caso, de la tesitura abierta o cerrada de las normas a las que se enfrente y del conocimiento adecuado de las reglas de la actividad probatoria (estudiado de manera amplia en el capítulo anterior), se le facilitará su labor. El siguiente cuadro sintetiza las posibilidades de la defensa, en el contexto procesal a partir del adecuado conocimiento sobre los hechos.

633 Ibid.,

634 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 2009, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

635 Ob. Cit. Ley 906 (agosto, 31, 2004). Cfr. artículo 371.

Cuadro 20. Estrategias de la defensa en el contexto procesal

<ul style="list-style-type: none"> • Refutación directa 	Con los elementos de convicción que posea esgrime su postura y, con base en ella, desarrolla sus argumentos de descargo.
<ul style="list-style-type: none"> • Refutación indirecta 	Se limita a cuestionar las pruebas de su contradictor para desestimar su valor o demostrar la falta de solidez de la acusación sin aportar nuevos elementos de juicio.
<ul style="list-style-type: none"> • Por excepciones 	Reprocha las falencias procesales “relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso”.
<ul style="list-style-type: none"> • Negociación 	Establece si es mejor optar por alguno de los mecanismos de terminación anticipada, con fundamento en los elementos de convicción.

Fuente: elaboración propia.

5.3.2 La argumentación jurídica y la dinámica procesal

Hemos visto cómo el iusnaturalismo, las concepciones formales y anti formales se han ocupado de dar respuesta a preguntas acerca del contenido y las fuentes del derecho, y cómo en la actualidad la vía del peso ha sido aceptada como forma racional para resolver los intereses en conflicto. En el mismo sentido, analizamos cómo la labor de la Fiscalía consiste en desmerecer la inocencia del encartado, mientras que la de la defensa técnica se orienta en mantenerla incólume o, en su defecto, en buscar una situación favorable a los intereses de su procurado, en un trabajo dialéctico, donde la contribución diligente de la prueba cobra especial importancia, debido a las consecuencias negativas que se derivan de la aplicación de la teoría. También vimos cómo el lenguaje genera múltiples significados debido a las variadas formas de interpretación que ofrecen las disposiciones normativas, lo cual genera disputas y dificultades entre ellas⁶³⁶.

En esta vía, Guastini analiza el fenómeno para afirmar que la interpretación ha estado marcada por tres vertientes, la ilustración, el escepticismo realista y el neocognitivismo contemporáneo⁶³⁷: mientras que la primera niega la ambigüedad, vaguedad o contradicción conceptual porque la ley es perfecta y unívoca; la

636 MORENO CRUZ, Rodolfo. Argumentación Jurídica, porqué y para qué. En: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLV, No. 133, enero-abril 2012, p. 165-192.

637 GUASTINI, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional, traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2008, p. 39.

segunda acepta la equivocidad del lenguaje jurídico y de las fuentes, por lo que se hace necesario acudir a otros elementos que la complementen; por su parte, la tercera adopta una posición ecléctica, bajo el entendido de que si bien existen textos claros, también los hay ambiguos y vagos, óptica de donde nace la necesidad de argumentar.

Por su parte, McCormick también se refiere a la existencia de casos fáciles y difíciles. Sobre los primeros justifica su existencia para que el sistema jurídico funcione y genere seguridad, los cuales son resueltos mediante el procedimiento deductivo; a los segundos se refiere como la patología, porque pese al límite que impone el sistema de fuentes, pueden surgir problemas de determinación o relevancia frente al hecho ante una o múltiples versiones, o de derecho cuando dos o más normas entran en contradicción, eventos en los cuales se hace necesario acudir a la interpretación para determinar su sentido y alcance⁶³⁸.

En ese sentido, Atienza coincide con McCormick en que a los casos fáciles se les aplica la deducción a través del silogismo subsuntivo, procedimiento que denomina de justificación interna, donde el jurista no debe esforzarse por encontrar mayores argumentos en favor de una determinada interpretación; mientras que en los denominados casos difíciles el jurista debe exteriorizar la justificación de la calificación de la premisa normativa. Lo anterior, porque hoy tenemos constituciones vinculantes, con un positivismo garantista, también llamado neopositivismo, que hace cambiar el enfoque del derecho hacia los derechos fundamentales, sin abandonar el positivismo.

Para dar solución a los mismos, sostiene que el problema no es diferenciar las reglas de los principios, o la subsunción de la ponderación, sino que el problema reside en cómo combinar estos conceptos manteniendo los principios, sin conseguir consecuencias indeseables, así, para la búsqueda de soluciones, a partir de la racionalidad práctica, sugiere identificar el problema, y generar propuestas

638 MCCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, En: Oxford University Press, 1978, p. 73 y ss.; Véase también, MARTÍN, Jaime Vilarroig. Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil McCormick y Robert Alexy. *Fòrum de Recerca*, 2006, no 12, p. 19. McCormick distingue cuatro posibles fuentes de problemas: 1. De interpretación (el juez sabe la norma, pero presenta varias interpretaciones posibles); 2. De relevancia (el juez no sabe si hay normas relevantes que se puedan aplicar al caso); 3. De prueba (no hay acuerdo sobre el supuesto de hecho, porque no se sabe qué pasó, el acusado niega los hechos, o no hay suficientes pruebas); y 4. De calificación (hay acuerdo sobre los hechos, pero no se sabe si los hechos cubren el supuesto de hecho de la ley).

de solución a partir de su análisis, las cuales serán objeto de revisión, comprobación y redacción de un nuevo texto⁶³⁹.

De lo anterior se advierte que la argumentación aparece como elemento común justificador en diferentes contextos, y para nuestros fines, a partir del uso correcto del lenguaje, la retórica y la dialéctica son los instrumentos necesarios para persuadir, aconsejar y/o alcanzar un acuerdo con la contraparte, porque con fundamento en ella se respetan los derechos humanos⁶⁴⁰, se sustenta la obediencia y el respeto por la diferencia, y se abre el convencimiento de las razones, al abrir un espacio para conocer y observar las particulares posiciones, descubrir las causas que están detrás de ellas y detectar los errores fácticos y lógicos⁶⁴¹, bajo el cumplimiento de ciertas reglas aceptadas como la coherencia, la afirmación, la analogía y la no ambigüedad, que sirven para descubrir la razón más adecuada entre los intereses contrapuestos⁶⁴².

De manera consecuente, al no existir respuestas únicas a los interrogantes formulados, el tercer elemento **para conservar el estado de inocencia** lo constituye la argumentación, entendida como la expresión intelectual propia del ser humano, a través del cual se estructura el discurso jurídico. Y como en el plano judicial el proceso se edifica sobre los denominados valores, principios, garantías y reglas, la teoría de la prueba es fundamental para sustentar cualquier juicio de valor, porque a través de ella, independientemente de la estrategia adoptada, la defensa intentará demostrar el hecho, o su particular teoría, para lograr el convencimiento.

Al llegar a este punto, surge la pregunta acerca de ¿cuál será entonces la mejor forma de estructurar el argumento?

639 ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid, España: Editorial Trotta, 2013, p. 107-117.

640 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 503.

641 SANTIAGO NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gredisa, 2003, p. 168-174.

642 ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 283.

En la coherencia, quien argumenta no debe incurrir en contradicciones; la afirmación implica que solo se afirma lo que se cree o conoce, *contrario sensu*, no se puede afirmar aquello que no se cree o conoce; la analogía indica que quien aplique un predicado a un objeto debe estar dispuesto a aplicarlo a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes, y en la no ambigüedad, quien habla no puede usar la misma expresión con distintos significados.

Para dar respuesta al interrogante, lo primero que debe tener la defensa es un adecuado manejo de las premisas (entendidas como el diálogo y la discusión de argumentos contrarios), porque a través de ellas ofrecerá las razones y pruebas en conjunto que le servirán de apoyo a sus conclusiones, debiendo distinguir entre las premisas cortas y largas, porque las primeras se utilizan en contextos cortos, como en el interrogatorio, o el conainterrogatorio, mientras que las segundas se aplican a contextos más largos como la teoría del caso, los alegatos, la sustentación de los recursos, etc. En estos eventos, se debe explorar la cuestión, y considerar los argumentos más fuertes para cada una de las posibilidades, de manera que si las premisas son ciertas, se garantiza la certidumbre de las conclusiones⁶⁴³, de lo contrario, la mejor opción será partir de premisas fiables.

Para nuestro objeto de estudio, la defensa construye la teoría del caso a partir de la hipótesis a la que quiere llegar, de ahí que deba encontrar la distribución más natural de las premisas, reorganizándolas cuantas veces sea necesario, para lo cual debe tener claro el tema de prueba y la conclusión a la que quiere llegar, que no es más que la afirmación efectuada a través de premisas en favor de la cual se dan las razones.

En este orden de ideas, los argumentos por analogía y de autoridad le servirán para ejemplificar y demostrar la similitud con el caso propuesto, con la advertencia de que en los primeros debe comprobar que la premisa de apoyo sea verdadera para extraer la conclusión, y en los segundos, porque están llenos de prejuicios, o no están debidamente probadas, razón por la cual la fuente demostrará su fiabilidad. También puede acudir a los argumentos hipotéticos y deductivos, porque no solo le servirán para explicar las conexiones entre causa y efecto,

643 Ibid., p. 81-91.

Bajo ese entendido, en la doctrina se encuentran seis formas de argumentación deductivas: Modus ponens:—modo de poner — (Si p entonces q / p por lo tanto q). Para desarrollar este argumento, se deben explicar y defender el porqué de ambas premisas, con argumentos completamente diferentes. Modus tollens:—modo de quitar — (Si p entonces q / no q por lo tanto no p). Es decir, que no es verdad que q, vale lo mismo para p. Silogismo hipotético:—(Si p entonces q / si q entonces r / por lo tanto, si p entonces r). Ofrece una herramienta para explicar las conexiones entre causa y efecto. Mientras que la conclusión vincula la causa con el efecto, las premisas explican los pasos intermedios. Silogismo disyuntivo: (p o q / no p / por lo tanto q; p o q / p por lo tanto, no q). La letra o se entiende en su sentido exclusivo, (una de las dos es verdad, pero no ambas), o en su sentido inclusivo (ambas son verdaderas). Dilema: (p o q / si p entonces r / si q entonces s / por lo tanto, r o s). Reductio ad absurdum — (para probar p se asume no o, esto es, que p es falso). Es una versión del modus tollens. Sus conclusiones muestran que la negación de la conclusión conduce al absurdo.

sino para examinar las posibles conexiones que puedan existir, para cuestionar las premisas discutibles y defender las premisas que existan a favor. En este punto, resultan acertados los consejos propuestos por Weston, quien refiere que para tener una buena defensa basada en argumentos se debe indagar por la importancia de la teoría, sus variables, las razones por las cuales se debe compartir la postura y los motivos que lo llevaron a interesarse por el caso⁶⁴⁴, de donde se infiere una vez más que el lenguaje utilizado debe ser claro, concreto, y los términos utilizados deben ser consistentes y propios del derecho.

Como se advierte, la dinámica de la defensa reviste alta complejidad, porque generalmente las fuentes invocadas defienden grupos de interés y, en materia probatoria, la tendencia de los testigos se orienta a recordar y suministrar la información de manera sesgada y apoyada en opiniones, lo que conlleva a buscar que la conclusión de la causa sea la más probable dentro de las muchas posibles, punto donde la argumentación juega un papel fundamental, porque además de sentar las bases del común de acuerdo entre las partes, constituye la herramienta necesaria para legitimar la resolución de los conflictos.

Parafraseando a Moreno, mientras que la textura abierta genera los denominados casos difíciles, las diferentes corrientes del pensamiento generan diversas lecturas ideológicas que conllevan la confusión entre la “técnica jurídica y la teoría de la justicia”, lo que en últimas fortalece el proceso argumentativo como forma de resolver nuestros problemas de manera legítima⁶⁴⁵. En este sentido, las diferentes formas de interpretación y significados lingüísticos adquieren relevancia en materia procesal, porque existen textos claros, pero también ambiguos, cuyo sentido y alcance depende del interés procesal que, en este caso, no puede ser otro que preservar el conjunto de garantías procesales, dentro de la contribución diligente de la prueba en el procesal penal colombiano.

644 WESTON, Antony. *Las Claves de la Argumentación*. Edición Española a cargo de Jorge F. Malem, Universitat Pompeu Fabra, Segunda Edición. 2006, p. 105-112. Para lograrlo será necesario acatar las siguientes pasos: (1) explicar la idea básica y luego ofrecer los detalles que sean necesarios; (2) anticiparse a las objeciones y desventajas que pueda ofrecer la teoría; (3) confirmar la teoría de la contraparte, esto es, buscar otra explicación que pueda parecer más probable, si del material probatorio allegado a la actuación se infiere la probabilidad de duda razonable que impida formar un juicio pleno de convicción, (4) acudir a la negociación o la duda probatoria; y con fundamento en lo anterior, (5) cuando se utilicen argumentos como un medio de indagación, se puede iniciar con la conclusión que se quiere defender.

645 MORENO CRUZ, Rodolfo. *Argumentación Jurídica, porqué y para qué*. En: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLV, num.133, enero-abril, 2012, p. 165-192.

A manera de colofón, debido a que el desarrollo legal y la interpretación judicial contrarían la semántica de las premisas que estructuran la presunción de inocencia, la trilogía *hechos, prueba y argumentación* constituye elementos de trabajo que refuerzan el estado de inocencia, y afianzan la defensa en el proceso penal acusatorio colombiano ante las antilogías develadas.

6. CONCLUSIONES

- Al contrastar las concepciones ideológicas del derecho, se evidenciaron las constantes tensiones orientadas a la organización social, así como la fuerte influencia que ha tenido la genealogía de conceptos en nuestro proceso de formación, advirtiéndose un punto en común: el reconocimiento de principios, valores y reglas, como criterios orientadores para resolver los problemas de interpretación, y el respeto por la convencionalidad. En este sentido, sin desconocer la existencia del derecho que se encuentra en la sociedad, las normas positivas ofrecen seguridad jurídica y condicionan las respuestas.
- Los aspectos que conforman el sistema de jerarquías son de necesaria observancia en el proceso de interpretación judicial; en esa vía, los principios tienen la potencialidad de vincular y primar sobre los otros preceptos. De manera consecuente, la Carta de Derechos es el primer instrumento orientador que permite ofrecer respuestas, consideradas correctas y adecuadas, seguida por los tratados que consagren derechos humanos y el derecho emergente, herramientas que deben ser utilizadas en el proceso de valoración e interpretación de las normas jurídicas.
- En la búsqueda de soluciones para el derecho, las categorías “conflicto entre reglas” y “colisión de principios” denotan permanente tensión. Bajo esa óptica, se cuestiona la función jurisdiccional cuando se invade la esfera del legislativo para la resolución de conflictos; razón por la cual el sistema de garantías constituye el arquetipo sobre el cual se edifica la dogmática jurídica y se solucionan las antinomias.
- El vocablo “presunción” opera como ficción legal que implica anteceder y eximir de prueba a quien esté cobijado con ella; de esta manera, al complementarla con el estado de inocencia, constituye el fundamento axiológico desde

donde se sustentan las demás garantías procesales y se interpretan los derechos sustanciales, por ende, en estricto sentido, el justiciable no debe ser tratado como responsable, ni exigirle demostración de su inocencia. No obstante, se evidenció la contrariedad de la premisa que ordena tratar al reo como inocente, en razón a que la ley autoriza la restricción de sus derechos y libertades mientras se confirma la tesis de la contraparte o se demuestra lo contrario.

- Del sondeo realizado a la Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima, se advirtieron dos aspectos: de un lado, que existe una alta comprensión acerca de los fundamentos constitucionales que rodean la detención preventiva, y de otro, que hay un leve conocimiento del contenido y consecuencias de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba. De esta manera, se confirma el respeto por el precedente en torno a las decisiones proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- La carga procesal es una garantía genérica reconocida de manera positiva relacionada con el derecho de acceder al aparato jurisdiccional, a partir de la cual se desprenden otras específicas que se desarrollan al interior del proceso y justifican la existencia de las garantías procesales; de su análisis, se advirtió el interés que motiva a las partes, pero, como quiera que este es facultativo, el Estado debe garantizar su desarrollo, con la advertencia de que su omisión los ubica en una situación desfavorable.
- En derecho privado el interés se identifica con el rol de las partes y sus compromisos procesales, basados en la satisfacción de un interés; situación similar sucede en materia penal, en razón a que si bien es cierto la defensa no está obligada a actuar, sí debe adaptarse a las diversas formas del proceso, porque, de no hacerlo, se expone a las consecuencias adversas a sus intereses.
- En punto de la teoría de la contribución diligente de la prueba, se demostró que fue incorporada legalmente hasta el año 2012 mediante el Código General del Proceso bajo el supuesto del interés procesal y la solidaridad probatoria, donde el juez de la causa tiene la facultad oficiosa para corroborar las hipótesis expuestas, y las partes, la opción de controvertir la decisión que violente las reglas de reparto probatorio. Pero en materia penal la situación es diferente, porque ideológicamente es incorrecto exigirle al procesado que aporte pruebas en virtud de la solidaridad y equidad, en razón a que la carga de la responsabilidad penal del acusado le corresponde al Estado, el juez de la causa no tiene la facultad oficiosa para corroborar las hipótesis expuestas y las partes

tampoco tienen la opción de controvertir la decisión que violente las reglas de reparto probatorio.

- Desde la jurisprudencia, se demostró la variedad de posturas en torno al manejo del *onus probandi*, llamando la atención la de la Corte Interamericana, quien ratifica la postura según la cual el implicado no debe demostrar el delito endilgado, porque “la carga de la prueba le corresponde a quien acusa”, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo”, posición coincidente con la de la Corte Constitucional, quien reconoce que es una característica de los procesos de carácter dispositivo, y en materia penal, dado el rol proactivo que deben desempeñar en el marco de un proceso adversarial (Ley 906 de 2004), le corresponde a las partes, sin que ello signifique la inversión de la presunción de inocencia.
- En materia penal la cuestión no ha sido pacífica, porque aunque de manera tímida, y de antaño la Sala Penal de la Corte ha venido aplicando la teoría de la contribución diligente de la prueba, sustentada en la lucha contra la criminalidad, y ahora para todos los delitos, bajo el supuesto de que existen situaciones en las que la Fiscalía se encuentra en dificultades para probar determinado hecho, y la defensa cuenta con la facilidad de aportar los medios necesarios, aceptar tales postulados implica consentir la existencia de reglas extralegales de conducta para la parte, y de juicio para el juez, que exponen a la defensa a una sentencia condenatoria ante la dificultad o imposibilidad probatoria.
- Los anteriores supuestos descontextualizan el estado de inocencia, porque no existen criterios objetivos que determinen cuándo la defensa se encuentra en esa situación, y tampoco se sabe cuál es el momento procesal en que se traslada la carga, derivándose las consecuencias hasta el momento de la valoración probatoria, aspecto contradictorio que también pone en tela de juicio la duda probatoria.
- La aplicación de la teoría de la contribución diligente de la prueba dificulta las labores de la defensa por: (1) el alto costo que genera una defensa proactiva, en contravía del principio de gratuidad; (2) el reducido término con el que cuenta la defensa, frente al amplio término de prescripción con el que cuenta la Fiscalía para iniciar la acción; (3) la ausencia de criterios objetivos para establecer cuándo la defensa se encuentra en mejores condiciones que la Fiscalía para el esclarecimiento de un hecho; (4) el riesgo de romper su derecho a guardar silencio ante las consecuencias derivadas de su inactividad; (5) el des-

quiciamiento de los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio alusivos a la legalidad, el equilibrio entre las partes, la igualdad de armas y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria; (6) la generación de deberes desproporcionados para la defensa, en contravía de los estándares internacionales de protección de las garantías procesales constitucionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre, la Declaración Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- De insistirse en la línea jurisprudencial que defiende la obligación de la defensa de acreditar su inocencia so pena de exponerse a una sentencia condenatoria, el Estado se ubica en una posición de riesgo: someterse a continuos procesos de responsabilidad por violación de los derechos y libertades reconocidos por la Convención por interpretación errónea, como aconteció de manera reciente en el caso Zegarra Vs. Perú, entre otros.
- El proceso de constitucionalización del derecho probatorio inició en 1991 con el establecimiento de múltiples garantías, dentro de las cuales se destaca el derecho a presentar cualquier elemento de juicio para mantener la presunción de inocencia; a partir del año 2002, surgió un cambio de paradigma en materia probatoria al conferirle a la defensa la posibilidad de desempeñar un rol proactivo al interior del proceso penal, y otorgarle facultades de investigación en la reconstrucción de los hechos. No obstante, la subjetividad del juez es inevitable en razón a que el estándar probatorio del *más allá de la duda razonable*, escogido por el legislador de 2004 para proferir sentencia de condena, no ofrece precisión conceptual.
- Bajo esos supuestos, el mínimo de evidencia exigido por el legislador para determinar el umbral suficiente para proferir sentencia de condena siempre estará cobijado por la duda razonable, en razón a que es imposible llegar a la certeza absoluta para dar por probada la hipótesis, advirtiéndose de esta manera la ausencia de criterios legales para establecer el grado de duda tolerable, situación que dificulta favorecer al procesado con la duda, y pone en tela de juicio el estado de inocencia.
- De ahí que la postura jurisprudencial que defiende la necesidad de imponer la detención preventiva, so pretexto del cumplimiento de los fines constitucionales, y, en el mismo sentido, la que defiende la necesidad de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba para hacer viable el sistema de partes consa-

grado en la Ley 906 de 2004 debilitan la garantía procesal derivada del trato que recibe el implicado mientras se define su responsabilidad penal.

- Desde la perspectiva constitucional, la investigación cumplió con su objetivo principal al develar la antilogía de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia a partir de la tríada *trato, carga y estándar* en su triple ámbito: legal, doctrinal y jurisprudencial.
- Frente al trato, porque si se autoriza la restricción de derechos al implicado, se parte de la base de la probabilidad de la responsabilidad penal, no de su inocencia; por ende, mientras no demuestre lo contrario, será tratado como tal. Frente a la utilización de la conjetura de la contribución diligente de verificación, porque se parte de la base de que el implicado siempre tendrá que demostrar su inocencia o, en su defecto, una situación favorable a sus intereses; de lo contrario, deberá asumir las consecuencias por su inactividad, en aplicación de la teoría de la contribución diligente de la prueba. Y frente al estándar de prueba para proferir sentencia de condena, porque basta la adecuación de la hipótesis presentada por el Estado con los elementos de juicio para llegar al estado de creencia, en razón a que la ley no determina con exactitud cuándo se arriba al estado denominado “más allá de la duda”; por ende, siempre se ubicará en grado de probabilidad.
- No se desconoce que el modelo procesal consagrado en la Ley 906 de 2004 generó una nueva dinámica en los roles desempeñados de manera tradicional por la Fiscalía y la defensa; tampoco, que el sistema de partes gravita en torno al interés procesal y las posibilidades estratégicas para controvertir los cargos formulados; pero al disminuir la exigencia probatoria acerca de la confirmación del hecho, las garantías procesales refuerzan el principio de igualdad de armas, orientadas hacia una nueva dinámica tendiente a la custodia del estado de inocencia frente a las actuaciones arbitrarias de los servidores públicos.
- En ese sentido, el derecho a la defensa encuentra respaldo en el sistema de jerarquías, y se activa desde el momento en que el implicado tiene conocimiento de que se adelanta una indagación en su contra; razón por la cual la comprensión de las garantías generales y específicas resulta fundamental para planificar y acercarse a la pretendida igualdad de armas.
- Sobre esta base, la dinámica de trabajo propuesta para la defensa se centró en lo fáctico, porque si el hecho es el antecedente y la causa de la relación jurídica, de ahí se deriva el tema de prueba y los supuestos jurídicos cuya

aplicación se discute, y desde donde se adoptará la mejor estrategia procesal, para lo cual el trabajo metodológico resulta conveniente para tener un adecuado manejo de las circunstancias que rodearon los hechos, trazar los objetivos en relación con su estrategia y derivar su propia teoría, referida a la particular forma como sucedió el asunto.

- En materia probatoria, el conocimiento de las garantías y el adecuado manejo de las técnicas de recolección, solicitud, aportación y valoración son fundamentales, porque a través de ellas se realiza el proceso de adecuación del hecho al derecho y se da paso a la fase argumentativa. Para ello, la defensa deberá tener un adecuado manejo de las premisas, porque por medio de estas se ofrecerán las razones y pruebas que le servirán de apoyo a sus conclusiones; de esta manera, ante la variedad de formas de afectación del estado de inocencia, su comportamiento debe ser reactivo y proactivo; de ahí la importancia de precisar los hechos en el mundo del derecho y los elementos de convicción, porque de ello se derivará el insumo necesario para su velar por su continuidad.
- Bajo esos supuestos, la tríada: *hecho, prueba y argumentación* mantiene en pie el estado de inocencia y el derecho a la defensa, porque garantiza que solamente los hechos demostrados y fundamentados serán aplicados y, en el mismo sentido, la retórica y la dialéctica son los instrumentos idóneos para buscar la razón más adecuada a los intereses contrapuestos y detectar los errores fácticos y lógicos que van a servir de apoyo a las conclusiones.
- En aras de armonizar las garantías universales en conflicto, y liberar la tensión, la presente investigación ofrece el sustento teórico para demostrar la inversión de los supuestos sobre los cuales se edifica el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, derivados de la regulación e interpretación judicial, y los elementos necesarios para denunciar ante la comunidad internacional su vulneración.
- Pero como el lenguaje genera múltiples significados, debido a las variadas formas de interpretación que ofrecen las disposiciones normativas, la discusión queda abierta, porque al ignorar la garantía universal de la inocencia, so pretexto de la aplicación de la carga *dinámica* de la prueba, pone en serios aprietos el sistema de partes diseñado por la Ley 906 de 2004, por lo que desde la academia se propone: (1) replantear los postulados sobre los cuales se ha cimentado la práctica, para acatar los pronunciamientos que sobre el tema ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (2) reglamentar la figura, ante el impacto negativo sobre el conjunto de derechos y libertades

reconocidos a nivel convencional; (3) promover la trilogía del derecho a la defensa como herramienta de trabajo en el sistema de partes, para contrarrestar las antilogías de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia; (4) sentar las bases para futuras discusiones de carácter epistemológico frente a la problemática expuesta, dada la variedad de dilemas probatorios que enfrenta el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ACTO LEGISLATIVO 03 de 2002.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Bogotá: Documentos especializados. No. 2. mayo de 2013, 10 p.

———. Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Bogotá: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico por privación injusta de la libertad y estrategias generales de defensa jurídica, circula externa No. 5 de julio 4 de 2014.

AGUILAR FREGOSO, Violet. Análisis comunicativo de la teoría del caso. Iter Criminis. En: Revista de ciencias Penales. Instituto nacional de ciencias penales. México, Cuarta Época, No. 21., mayo-junio, 2011, 17 p.

AGUILAR, ARANGO, CANDAMIL, DELGADO, RUBIANO, TORRES, VESGA Y VILLAMIL, Imposturas intelectuales: La carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva. En: Universitas Estudiantes Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, No. 11, enero-diciembre 2014, 233-263 p.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique; ESPINO TAPIA, Diana Rocío. Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social. Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 12, 2010, 49-71 p.

ALCHOURRON Carlos E, BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1987, 127-129 p.

ALEXY Robert. “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, En: Ratio Juris, Reino Unido: An international journal of jurisprudence and philosophy of law, Vol. 16, No. 2, 2003, 131-140 p.

- . La fórmula del peso. 1ª Edición. Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos neo constitucionalismo y sociedad, editor Miguel Carbonell, 2008 p. 19.
- . Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza Ed. En: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5. – Universidad de Alicante, 1988, 146-148 p.
- . Teoría de los derechos fundamentales. Colección El Derecho y la Justicia, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 48, 503 p.
- . Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 283 p.
- ALVARADO VELLOSO Adolfo, La prueba judicial, Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal, colección textos de jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, 1-157 p.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. La lucha por un nuevo orden internacional. Bogotá: Editorial Javegraf, 1997, 12 p.
- AQUINO, Santo Tomás de, Suma teológica I-II, Primera sección de la segunda parte. Recuperado de <http://hjjg.com.ar/sumat/> , el 13 de mayo de 2018.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Siglo del Hombre, Editores, 1999, 74 p.
- ARENAS SALAZAR, Jorge. Crítica del indicio en materia criminal. 3a. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1998, 40-49 p.
- ARGENTINA. Constitución Política de Argentina, 1994.
- ARIAS KRAUSE, Juan Ignacio. La crítica al derecho natural moderno en la filosofía de Hegel. Universitas. En: Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 18, julio 2013, 150-170 p.
- ATARD, Rafael. Para la Escuela Histórica, entre otros: La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio por Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler. Traducciones del Alemán por Rafael, Atard. Madrid, 1908, 121 p.

- ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan, Sobre Principios y Reglas, En: Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 10, p. 101-120 Ed.: DOXA. 1991, 101-120 p.
- . Curso de argumentación jurídica. Madrid, España: Editorial Trotta, 2013, 107-117 p.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual De Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo VI, Editorial Temis, 2015, 1-440 p.
- BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. Litigación penal y juicio oral. Chile: Editorial del Fondo de Justicia y Sociedad, 2004, 18, 102 p.
- BRASIL. Constitución Política de Brasil, 1988.
- BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, 87 p.
- BEDOYA GIRALDO, Hubed de Jesús. Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 37, No. 107, 2007, 571-578 p. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008, 37 p.
- BEDOYA, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación 2008, 45 p.
- BELADIEZ ROJO Margarita. Los Principios Jurídicos. Primera edición. Madrid: Tecnos, 1994, 17 p.
- BELÉN LINARES, María. Apología de una cuestionada inversión. Carga dinámica de la prueba en casos de responsabilidad subjetiva galénica. En: Las tesinas de Belgrano, No. 474 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Carrera Abogacía, 2010, 36 p.
- BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: Editorial Librería El Foro, 2003, 406-407 p.

- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 688-795 p.
- . Estructura y Límites de la Ponderación. En: Ed. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 26. – Universidad de Alicante, DOXA 2003, 5-33 p.
- . La racionalidad de la ponderación. En: Revista Española de Derecho Constitucional, No. 77, mayo-agosto 2006, 51-75 p.
- . Refutación y defensa del neo constitucionalismo. Teoría del neo constitucionalismo. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, 289-326 p.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Fundamentos constitucionales y teoría general. El proceso Penal. 6ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, 43 p.
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1994, 183 p.
- BOLIVIA. Constitución Política de Bolivia, 2009.
- BURELLI, Alirio Abreu. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, 2003, Vol. 1, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 113-125 p.
- BUSTAMANTE RUA, Mónica María. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. En: Revista científica Opinión jurídica, Universidad de Medellín, Volumen 19 No. 17, 2010, 71 p.
- CABRERA, Esteban y MOSQUERA Javier. Introducción crítica al derecho natural. *Ius Humani* En: Revista de Derecho, No 2, 2010, 235-247 p.
- CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2008, 83-84 p.

- CAFFERA NORES, José. La Prueba en el Proceso Penal. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ediciones De Palma., 1998, 45 p.
- CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. (Traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973. 340 p.
- CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: El caso del agua en México. México: UNAM, 2000, 199 p.
- CAMPOS, Francisco J. Nociones fundamentales del realismo jurídico. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 122, 2010, 203 p.
- CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. Editorial Porrúa, 2013, 68 p.
- CÁRDENAS Gracia, Jaime. Introducción al estudio del derecho. NOSTRA Ediciones UNAM, 2009, 95 p.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tomo I. Buenos Aires: Ejea, 1959, 65 p.
- . Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Uteha, 1944, 94-95 p.
- CARO ESPITIA, Néstor Raúl, El dictamen pericial contable, medio de prueba y criterios de valoración. Diálogo de Saberes, Bogotá: Universidad Libre. No. 42, enero-junio de 2015, 91 p.
- CARRARA, Francesco. Opúsculos de derecho criminal. Volumen IV. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 1978, 231 p.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. Derecho Penal fundamental, tomo I, tercera edición, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, 267 p.
- CARRETA MUÑOZ Francesco. Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, En: Revista de derecho de Valdivia, Universidad Austral de Chile, volumen XXI, N1, Julio 2008, 101-127 p.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1970, 10 p.

CASSAGNE Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, 29-30 p.

CASTILLO LARRAÑAGA, Rafael de Pina José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29 edición. México: Editorial Porrúa, 2007, 32 p.

CAYÓN, José Ignacio Solar. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, 176-226 p.

CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. (Tomo II). Santafé de Bogotá: Forum, 1995, 45 p.

———. *Tratado de Derecho Probatorio (reglas de evidencia de Puerto Rico y federales)*. Tomo I, Publicaciones JTS, 1998, 208 p.

CHILE. *Constitución Política de Chile*, 1980.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho III-I/ III-II*, p. 10. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1384>, el 12 de mayo de 2018.

CRUZ BOLIVAR, Leonardo. *Carga de la prueba y exclusión de responsabilidad en el nuevo sistema procesal*. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad externado de Colombia, Vol. 26, No. 78, 2005, 145 p.

COLOMBIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991.

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 (abril, 15, 1887), por medio de la cual se incorpora el Código Civil Colombiano.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (agosto, 15, 1887), por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

- . Ley 74 (diciembre, 26, 1968), por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”
- . Ley 16 (diciembre, 30, 1972), por la cual se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- . Ley 270 (marzo 15, 1996), Estatutaria de la Administración de Justicia.
- . Ley 599 (julio, 24, 2000), por la cual se expide el Código Penal.
- . Ley 600 (julio, 24, 2000), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- . Ley 1407 (agosto, 17, 2000), por la cual se expide el Código Penal Militar.
- . Ley 734 (febrero, 5, 2002), por la cual se expide el Código Disciplinario Único.
- . Ley 742 (junio, 7, 2002), por la cual se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- . Ley 906 (agosto, 31, 2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- . Ley 1437 (enero, 18 2011), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- . Ley 1474 (julio, 12, 2011), por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- . Ley 1564 (julio, 12, 2012), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

———. Ley 1760 de 2015 (julio, 6, 2015), por medio de la cual se modificó parcialmente la Ley 906 de 2004.

———. Ley 1786 (julio, 1, 2016), por medio de la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.

———. Ley 1826 (enero, 12, 2017), por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.

———. Ley 1098 (julio, 9, 2018), por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones.

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Exposición de motivos al Proyecto de Acto Legislativo 237, 2002, el cual se convirtió en el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual reformó, entre otros, los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia del 30 de junio de 1994, CP SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel.

———. ———, Sentencia 12 de diciembre de 1996, CP. SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel.

———. ———, Sentencia del 27 de septiembre de 2000, CP. HERNÁNDEZ, Alier Eduardo.

———. ———, Sentencia del 14 de marzo de 2002. CP. RODRIGUEZ VILLAMIZAR, Germán.

———. Sección tercera, Sentencia, 31 de agosto de 2006, radicado 15.772, CP. CORREA PALACIO, Ruth .Stella.

———. ———, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, CP. FAJARDO GÓMEZ, Mauricio.

———. ———, Sentencia, del 26 de mayo de 2011, CP. ANDRADE RINCON, Hernán.

- . ———, Sentencia del 7 de junio de 2013, CP. FAJARDO, Mauricio.
- . ———, Sentencia del 17 de octubre 2013, CP FAJARDO LÓPEZ, Mauricio.
- . ———, Sentencia, del 12 de diciembre de 2013, CP. STELLA CORREA, Ruth Stella.
- . ———, Sentencia del 15 agosto 2018, CP ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. MP. ANGARITA BARON, Ciro.
- . Sentencia T-140 de 1993. MP. BARRERA CARBONELL, Antonio.
- . Sentencia C-301 de 1993, MP. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo
- . Sentencia C-106 de 1994, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.
- . Sentencia C-225 de 1995. MP. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.
- . Sentencia T-425 de 1995. MP. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.
- . Sentencia C-083 de 1995, MP. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.
- . Sentencia C-600A de 1995. MP. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.
- . Sentencia C-022 de 1996, MP. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.
- . Sentencia C-617 de 1996. MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.
- . Sentencia C-689 de 1996, MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.
- . Sentencia C-425 de 1997, MP. MORÓN DÍAZ, Fabio.
- . Sentencia C-004 de 1998, MP. ARANGO MEJÍA Jorge.
- . Sentencia T-100 de 1998. MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

- . Sentencia C-400 de 1998, MP. MARTÍNEZ Caballero, Alejandro.
- . Sentencia C-621 de 1998. MP. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.
- . Sentencia T-555 de 1999. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.
- . Sentencia T-589 de 1999. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo;
- . Sentencia C-037 de 2000. M.P. NARANJO MESA, Vladimiro.
- . Sentencia T-592 de 2000, MP. BELTRAN SIERRA, Alfredo.
- . Sentencia T-450 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C-507 de 2001, MP. Tafur Galvis, Álvaro.
- . Sentencia C-619 de 2001. MP, MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- . Sentencia, C-774 de 2001, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- . Sentencia T-025 de 2002, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- . Sentencia C-131 de 2002, MP. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-228 de 2002, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C-416 de 2002, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.
- . Sentencia C-578 de 2002, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C-763 de 2002. MP. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.
- . Sentencia C-805 de 2002, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C-030 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro.
- . Sentencia C-040 de 2003, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.
- . Sentencia C-067 de 2003. MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- . Sentencia T-107 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro.
- . Sentencia C-205 de 2003, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

- . Sentencia C-271 de 2003, MP. ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- . Sentencia C-328 de 2003, MP. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José
- . Sentencia C-573 de 2003, MP. Dr. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-1156 de 2003, MP. TAFUR GALVIS, Álvaro.
- . Sentencia C-152 de 2004, MP. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.
- . Sentencia C-576 de 2004. MP. ARAUJO RENTERIA, Jaime.
- . Sentencia T-741 de 2004, MP. CEPEDA ESPINOSA, José Manuel.
- . Sentencia T-920 de 2004. MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- . Sentencia C-591 de 2005. MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.
- . Sentencia C-592 de 2005. MP. TAFUR GALVIS, Álvaro.
- . Sentencia C-708 de 2005. MP CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C-782 de 2005. MP. BELTRAN SIERRA, Alfredo.
- . Sentencia C-799 de 2005, MP. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime.
- . Sentencia C-801 de 2005. MP. CORDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-822 de 2005. MP. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ.
- . Sentencia C-880 de 2005. MP CORDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-1194 de 2005, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo
- . Sentencia T-579 de 2006. M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.
- . Sentencia C- 994 de 2006. MP. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.
- . Auto 227 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo
- . Sentencia C-336 de 2007, MP. CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-396 de 2007, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

- . Sentencia C-186 de 2008 MP. PINILLA PINILLA, Nilson.
- . Sentencia C-318 de 2008, MP. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.
- . Sentencia C-336 de 2008, MP. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.
- . Sentencia C-425 de 2008, MP. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- . Sentencia C-536 de 2008. MP. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime.
- . Sentencia C-1198 de 2008, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.
- . Sentencia C-025 de 2009, MP ESCOBAR GIL, Rodrigo.
- . Sentencia C-069 de 2009, MP VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.
- . Sentencia T-264 de 2009, MP. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.
- . Sentencia C-762 de 2009. MP. HENAO PEREZ, Juan Carlos.
- . Sentencia C-025 de 2010, MP. Dr. SIERRA PORTO, Humberto Antonio.
- . Sentencia C-936 de 2010. MP. VARGAS SILVA Luis Ernesto.
- . Sentencia C-127 de 2011, MP. CALLE CORREA, María Victoria.
- . Sentencia C-203 de 2011. MP. HENAO PÉREZ, Juan Carlos.
- . Sentencia T-205 de 2011. MP. PINILLA PINILLA, Nilson.
- . Sentencia C-258 de 2011. MP. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo.
- . Sentencia C-260 de 2011. PALACIO PALACIO, Jorge Iván.
- . Sentencia T-346 de 2011, MP. CALLE CORREA María Victoria.
- . Sentencia C-371 de 2011, MP. VARGAS SILVA, Luis Ernesto.
- . Sentencia T-799 de 2011, MP. SIERRA PORTO Humberto Antonio.
- . Sentencia C- 289 de 2012, MP, SIERRA PORTO, Humberto Antonio

- . Sentencia C-157 de 2013, MP. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.
- . Sentencia C-695 de 2013, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.
- . Sentencia C-695 de 2013, MP. PINILLA PINILLA, Nilson.
- . Sentencia C-034 de 2014. M.P. VICTORIA CALLE, María.
- . Sentencia T-582 de 2014. MP. CALLE CORREA, María Victoria.
- . Sentencia C-794 de 2014. MP. GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo.
- . Sentencia C-496 de 2015. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio.
- . Sentencia SU-659 de 2015. MP. ROJAS RÍOS, Alberto.
- . Sentencia C-086 de 2016, MP. PALACIO PALACIO, Jorge Iván.
- . Sentencia C-003 de 2017, MP. ARRIETA GÓMEZ, Aquiles.
- . Sentencia SU 072 de 2018, MP. REYES CUARTAS, José Fernando.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, MP. MONTOYA GIL, Horacio, auto del 17 de septiembre de 1985.
- . ————. Sentencia del 5 de abril de 2017, MP. GARCÍA RESTREPO, Álvaro Fernando.
- . Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de enero de 1996. MP. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique.
- . ————. Sentencia del 5 de agosto de 1997, MP. ANÍBAL GÓMEZ Jorge.
- . ————. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, MP. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando Enrique.
- . ————. Sentencia del 10 de diciembre de 1997. MP. MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo.
- . ————. Sentencia del 3 de febrero de 1998. MP. MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo.

- . —————. Sentencia del 7 de mayo de 1999, MP. LOMBANA TRUJILLO, Édgar;
- . —————. Sentencia del 22 de agosto de 1999, MP. GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal.
- . —————. Sentencia del 21 de octubre 21 de 1999, MP. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando.
- . —————. Sentencia del 14 de febrero de 2000, MP. PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando,
- . —————. Sentencia del 18 de febrero del 2000 MP. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando.
- . —————. Sentencia del 6 de octubre de 2004, M.P. PINZON Pérez, Álvaro Orlando.
- . —————. Autos 19094 y 23567, del 4 de mayo de 2005.
- . —————. Auto 23910 del 19 de julio de 2005.
- . —————. Sentencia del 21 de febrero 21 de 2007, MP. ZAPATA ORTIZ, Javier.
- . —————. Sentencia del 10 de abril de 2008, MP. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid.
- . —————. Sentencia del 17 de marzo del 2009, M.P. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid.
- . —————. Sentencia del 27 de marzo de 2009, MP. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo.
- . —————. Sentencia del 13 de mayo de 2009, MP. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo.
- . —————. Sentencia del 2 de septiembre de 2009 M.P. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid.

- . ----- . Auto del 16 de septiembre de 2009, M.P. BUSTOS, José Leonidas.
- . ----- . Auto del 16 de febrero de 2010, MP. GONZÁLEZ DE LEMOS, María Del Rosario.
- . ----- . Sentencia del 10 de agosto de 2010, M.P. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo.
- . ----- . Sentencia del 4 de mayo de 2011. MP. BUSTOS, José Leonidas.
- . ----- . Sentencia del 9 de octubre de 2013, MP. BUSTOS, José Leónidas.
- , ----- . Sentencia del 13 de agosto del 2014, M.P. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto.
- . ----- . Sentencia del 16 de abril de 2015, MP. GONZÁLEZ MUÑOZ, María Del Rosario.
- . ----- . Sentencia del 22 de abril de 2015, MP. FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio.
- . ----- . Sentencia del 8 de septiembre de 2015. MP. BUSTOS MARTINEZ, José Leonidas.
- . ----- . Auto del 30 de septiembre de 2015, MP. SALAZAR CUELLAR, Patricia.
- . ----- . Sentencia del 2 de diciembre de 2015, MP. BARCELÓ CAMACHO, José Luis.
- . ----- . Sentencia del 6 de marzo de 2016, M.P. FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio.
- . ----- . Sentencia del 16 de marzo del 2016, M.P. SALAZAR OTERO, Luis Guillermo.
- . ----- . Auto interlocutorio del 25 de mayo de 2016. MP. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto.

—————. —————. Sentencia del 12 de octubre del 2016, M.P. SALAZAR CUÉLLAR, Patricia.

—————. —————. Auto interlocutorio del 18 de abril de 2017. MP. ACUÑA VIZCAYA, José Francisco.

—————. —————. Sentencia del 8 de marzo de 2017, MP. SALAZAR CUELLAR, Patricia.

—————. —————. Sentencia del 23 de agosto de 2017, MP FERNANDEZ CARLIER, Eugenio.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto-ley 2158 (junio, 24, 1948), Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

—————. —————. Decreto 1400 (agosto, 6, 1970), por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.

—————. —————. Decreto 409 (marzo, 27, 1971), por el cual se introdujeron reformas al Código de Procedimiento Penal y se codificaron todas sus normas.

—————. —————. Decreto 050 (enero, 13, 1987), por medio del cual se decretó el Código de Procedimiento Penal, modificado a su vez por el Decreto 1861 de 1989.

—————. —————. Decreto 2700 (noviembre, 30, 1991), por el cual se expedieron las normas de Procedimiento Penal.

—————. —————. Decreto 4085 (noviembre, 1, 2011), por medio de la cual creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

—————. —————. Decreto Ley 016 (enero, 9, 2014), modificado por el Decreto Ley 898 (mayo, 29, 2017), “por medio del cual se definió la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 1981, 181 p.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO. Consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, el 14 de mayo de 2018.

CONSTITUCIÓN DE FRANCIA, 1958.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Principios del régimen probatorio en el marco del sistema procesal penal en Colombia. En: *Principia Iuris*, Colombia: Tunja, Universidad Santo Tomás, No 17, enero -julio 2012, 229-243 p.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948.

DE DERECHOS HUMANOS, Corte Interamericana. Control de Convencionalidad. En: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7. Vol. 10, 2017, 1-39 p.

———. ————. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

———. ————. Caso Tribunal Constitucional. Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.

———. ————. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

———. ————. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

———. ————. Caso Maritza Urrutia y Caso Myrna Mack Chang, Sentencia del 27 de noviembre de 2003.

———. ————. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004.*

———. ————. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004.

———. ————. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2004.*

—————. —————. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

—————. —————. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.

—————. —————. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

—————. —————. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

—————. —————. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006.

—————. —————. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

—————. —————. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

—————. —————. Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

—————. —————. Caso Zegarra Marín Vs. Perú, 2017. Sentencia del 15 de febrero de 2017.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.

Caso Henry (N) Vs. Jamaica, 1998, párrafo. 7.5.

Caso Reid (G.W) Vs. Jamaica, 1994, párr.13.1.

Caso Little Vs. Jamaica, 1991, párrafos. 8.3-8.4.

Caso Philip Vs. Trinidad y Tobago, 1998, párrafo. 7.2.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª edición. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1993, 10, 240 p.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto Nix Vs. Williams, 467, U.S. 431 (1984).

DE VILLAMOR MORGAN, Elisenda. La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de François Geny. En: Universidad de Extremadura, anuario de la facultad de derecho, No. 19-20, 2001-2002, 431-447 p.

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. El alcance del contrainterrogatorio. En: Criterio Jurídico. Universidad Santiago de Cali, Colombia. Vol. 8, No. 2, 2008, 171-200 p.

———. La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. En: Opinión Jurídica, volumen 7, No. 13, Medellín, Colombia, enero-Junio de 2008, 163 –174 p.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, Módulo IV para defensores públicos, 2008, 9-17 p.

———. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, Módulo IV para defensores Públicos. Documento elaborado por Checchi And Company Consulting, Colombia, p. 93-98, recuperado de <http://litigaciono-ral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf>, el 4 de abril de 2018.

DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho. Trad. Juan Ossorio Morales. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1971, 113-125 p.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba, Bogotá, Editorial Temis, 2004, 21-25 p.

DENA ROMERO, Oscar. Panorama de las corrientes iusfilosóficas actuales. En: Heurística, Mexico: Universidad Autónoma de Juárez, No 5, 2016, 101-113 p.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni–Editores, 2000, 31-47, 179 p.

———. Teoría General de la Prueba Judicial. T. I. ed. 5ª. Bogotá: ABC, 1995, 28 p.

DI CASTRO STRINGHER, Elisabetta, Conocimientos Fundamentales de Filosofía. Volumen I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Mac Graw Hill, 2006, 11-14. p.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, 154 p.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ed. Ariel, S.A. 1995, 72 p.

———. 4a. Ed. Traducido por M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999, 190 p.

———. Ed. Ariel, S.A. 2002, 310-311 p.

ECUADOR. Constitución Política de Ecuador, 2008.

EL SALVADOR. Constitución Política de El Salvador, 1983.

Especiales / Obras del Pensamiento Jurídico, ANÁLISIS DE ‘TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DE ROBERT ALEXY, GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. DEPARTAMENTO DE GOBIERNO Y CIENCIAS POLÍTICAS, UNIVERSIDAD EAFIT (CON LA COLABORACIÓN DE ROBERT ALEXY), RECUPERADO DE [HTTPS://WWW.AMBITAJURIDICO.COM/BANCOCONOCIMIENTO/ADMINISTRATIVO-Y-CONTRATACION/ANALISIS-DE-TEORIA-DE-LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-DE-ROBERT-ALEXY](https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexey), EL 13 DE MAYO DE 2018.

ESSER, Josef. Principio y norma en la creación jurisprudencial del derecho privado. Trad. Valentí Fiol, Eduardo. Barcelona: Bosh, 1961.

ESTADOS UNIDOS. Constitución Política de los Estados Unidos, 1787.

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RWANDA

- ESTRADA VELEZ, Sergio, "La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2011, 41 p.
- . "Los principios jurídicos en Colombia". En: Diálogos de saberes, Universidad Libre, 2010, no 32, 159-171 p.
- Etimología de inocencia. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?inocencia> el 27 de noviembre de 2016.
- FALCÓN, Enrique M. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, 628 p.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La carga de la prueba en la práctica judicial civil. España: Editorial La Ley, 2006, 47, 51 p.
- FERNÁNDEZ, Gabriela Rodríguez. El ethos de las decisiones penales: verdad real y consenso. En: Aposta, Revista de ciencias sociales, Mostoles, España: 2005, No. 22, 2 p.
- FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2001, 564 p.
- . Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001, 555, 564, 582 p.
- . Garantías y derecho penal. Garantismo y Derecho Penal. Trad. Marina Gascón Abellán. Bogotá: Temis, 2006, 3 p.
- . Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH, 2006, 31 p.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Valoración racional de la prueba. España: Editorial Marcial Pons, 2007, 144-152 p.
- FERRI, Enrico; DE ALBA, Primitivo González; y HERNÁNDEZ, Antonio Soto. Sociología criminal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2004, 543 p.
- FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. La prueba en el derecho penal sistema acusatorio. Leyer. Bogotá, D.C., 2006, 255-258 p.

- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva 13 del 28 de julio de 2016, “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva”.
- FLORES AVALOS, Elvia Lucía. Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, 2006. En: *Jurisprudencia de Conceptos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Biblioteca jurídica 2006, 219-232 p.
- FLORES MATIES, José. *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal. Temas 1 a 31*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003, 439 p.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. La concepción el derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. En: *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1997, 1001-1036 p.
- FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales. Tomo I, 3ª. ed.* Bogotá: Temis, 2002, 127-130 p.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nigolas. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá: Editorial Temis, 1973, 337 p.
- FRAMARINO DEI MALESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal. Vol. I*. Bogotá: Temis, 1973, 218 p.
- GARCIA DE CARVAJALINO, Yolanda. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 1997, 123 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas, 1986, 182 p.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa. 2003, 333 p.
- GARCÍA, Daniel Medina; SAFFON, Sylvana Peña; SALAZAR, Cesar Ramírez. *Propuestas y opiniones en torno de un principio de oportunidad para Colombia*. En: *Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado*, vol. 37, 2016, 1909 p.

- GARCIA-PABLOS, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal, Volumen I, 5ª edición, Madrid: Editorial Universitaria, Ramón Aceres Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2012, 497.
- GAROFALO, Raffaele. La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, La España Moderna, Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia, 1887, 314 p.
- GARRIDO, Manuel. Meta filosofía del racionalismo. Teorema. En: Revista Internacional de Filosofía, Vol. 1, No 1, 1971, 57-73.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial: a propósito de las observaciones de Mario Ruiz. En: Anuario de filosofía del derecho, España: Universidad de Castilla La Mancha, No. 19, 2002, 489-496 p.
- . Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. 3ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2010, 123-140 p.
- . Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 28, 2005, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692> el 28 de enero de 2018.
- . Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 15, 2007. Recuperado de <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>, el 13 de mayo de 2018, 1-12 p.
- GENY, François. Método e interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Granada: Editorial Comares, 2000, 424-428 p.
- GIL RENDON, Raymundo. El neo constitucionalismo y los derechos fundamentales, En: Quid iuris. México: Universidad Nacional Autónoma, 12, 2011, 43-61 p.
- GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso I. Teoría general del Proceso. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, 20-21 p.

- GÓMÉZ, Olaya; NATHALY, Yuli. El fenómeno de la *lex tertia*, problemas de aplicación en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Colecciones Los libertadores Fundación Universitaria, 2016, 38-64.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. En: Revista Chilena de derecho, Vol.33, N.1, 2006, 93-107 p.
- GONZÁLEZ CASTRO, Manuel. Principios y reglas que rigen la actividad probatoria, 2008. Disponible en: www.institutoderechoprocesal.org/.pdf, consultado el 28 de enero de 2016, 3 p.
- GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luís. “Pseudopercepción y Pseudoalucinación”, En: Revista de Psiquiatría, Psicología médica y Psicósomática. España: Asociación Española de Psicoterapia. Volumen 5, No. 1, 1984, 9 p.
- GORPHE, François. De la apreciación de las pruebas. Bogotá: Editorial Temis, 1989, 203 p.
- GROCHOLEWSKI Zenon Card. La ley natural en la doctrina de la Iglesia. Recuperado de http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_ley_nat_en_la_dtrina_de_la_igl.pdf, el 14 de febrero de 2018, 1-24 p.
- GROCIO, Hugo. Del derecho de la guerra y de la paz. Madrid: Editorial Reus, 1925, 72 p.
- GUASP, Jaime. Derecho procesal civil. Tercera edición, Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 414-415 p.
- GUASTINI, Ricardo. “Antinomias y lagunas”. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 29, Año 1999, 437 p.
- GUASTINI, Ricardo. Las fuentes del derecho, Fundamentos teóricos. Traducción, Moreno More, César E. y, Cárdenas Rodríguez, Luis. Lima: Editorial Científica Peruana S.A.C., Raguel ediciones, Primera edición, enero de 2016, 340-346 p.
- . Teoría e ideología de la interpretación constitucional, traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2008, 39 p.

- GUATEMALA. Constitución Política de Guatemala, 1993.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2011. 93, p.
- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En: Diánoia, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Fondo de Cultura Económica (FCE) de México, Vol. LV, No. 64, mayo 2010, 3-25, p.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Editorial Bosch, 1984, 190-191 p.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill, 2010, Quinta edición, 92 p.
- HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. En: Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII, Madrid. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2001, 267-300 p.
- HORTA VÁSQUEZ, Edwin de Jesús y CORREDOR CABRALES E. Ariel, La razón última de la prueba judicial, una aproximación filosófica. En: Novum Jus, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, Vol. 4 No. 1, Enero – junio 2010, 151-165 p.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, 331-339 p.
- KELSEN, Hans. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Academia: En: Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Vol. 6, No 12, 2008, 183-198 p.
- . Teoría Pura del Derecho. 4ª edición. Buenos Aires: Eudeba, 2009, 110 p.
- KENNEDY, Duncan; RODRÍGUEZ, César; LÓPEZ, Diego Eduardo. Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1999, 95 p.
- LAKOFF, George y JOHNSON, Mark. Metáforas de la vida cotidiana. 4º edición. Madrid: Ed. Cátedra, 1980, 222 p.

- LAVERDE PALMA, Juan David. El Espectador. Colombia enfrenta 1.600 demandas ante la CIDH. Es el segundo Estado más condenado. Consultado en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/colombia-enfrenta-1600-demandas-cidh-articulo-529909>. Nota periodística del 24 de noviembre de 2014.
- LEÓN PARADA, Víctor. ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2005, 217 p.
- LIBRARY OF THE MARINE CORPS, Recuperado de <http://lgdata.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/docs/2215/1460284/Decision-Forcing-Cases.pdf> el 13 de mayo de 2018.
- LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1998, 77 p.
- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis.
- LÓPEZ MORENO, Santiago. La prueba de indicios. Lerner. Bogotá, D.C., 1980, 74 p.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. El derecho procesal como sistema de garantías. En: Boletín mexicano de derecho comparado, Vol. 36, No. 107, 2003, 531-557 p.
- MCCORMICK, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, En: Oxford University Press, 1978, 73 p.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Traducción de MELENDO, Santiago Sentís y AYERRA REDÍN, Marino. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa- América, 1949, 253 p.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. Tla-Melaua. En: Revista de Ciencias Sociales. Universidad Autónoma de Puebla, México, Año 6 No 32, Abril – Septiembre 2012, 46-83 p.

- MARTÍN, Jaime Vilarroig. Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil McCormick y Robert Alexy. *Fòrum de Recerca*, 2006, no 12, 19 p.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Tomo I. Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2ª Ed., Buenos Aires, 2005, 295 p.
- MAYA DÍAZ, Natalia. *La responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional*, Tesis Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio de 2000, 106 p.
- MEDELLÍN BECERRA, Carlos Eduardo. *La interpretatio iuris y los principios generales del derecho*. Bogotá: Editorial Legis. 2015, 45 p.
- MEXICO. *Constitución Política de México*, 1917.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, 60-61 p.
- . Bogotá: Editorial Temis, 1989, 3-4 p.
- MITTERMAIER, Carl Joseph. *La prueba en materia criminal*. Leyer. Bogotá, D.C., 2005, 165-167 p.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Editorial Temis 1988, 455-456 p.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1997, 157 p.
- MORELLO, Augusto Mario. *La prueba. Tendencias modernas*. 2ª edición ampliada. Buenos Aires: Editorial Librería Editora Platense, 2001, 83-91 p.
- MORENO CRUZ, Rodolfo. *Argumentación Jurídica, porqué y para qué*. En: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLV, No. 133, enero-abril 2012, 165-192 p.

- MORESO JOSÉ Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad, editor Miguel Carbonell, 2008, 57 p.
- . Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. Universitat Pompeu Fabra España, En: Arbor Ciencia y Pensamiento y Cultura, CLXXXVI 745, septiembre-octubre 2010, 69-83 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2ª edición. Argentina: Editorial Hammurabi, 2003, 821-832 p.
- NAVARRO FALLAS, Román A. Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense, En: Ivstitia. Año 12 N° 138 junio 1998.
- NISIMBLAT, Nattam. Derecho Probatorio. Principios y medios de prueba en particular. Actualizado con la ley 1395 de 2010 y la ley 1437 de 2011. Ed. Universidad Católica de Colombia. Derecho Probatorio, 2014, 128-149 p.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En: Revista Ius et Praxis, Talca: Universidad de Chile, Vol.11, No. 1, 2013, 221-241 p.
- Nueva Enciclopedia Larousse, Tomo 7,1980, 679 p.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. En: Revista de derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, No. 42, 2014, 145-185 p.
- ODAR, Reynaldo Mario Tantaleán. Tipología de las investigaciones jurídicas. En: Derecho y cambio social, 2016, Vol. 13, No. 43, 10 p.
- O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Colombia, 2007, 397 p.

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. En: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 03, Vol. 01, 2005, 232 p.
- PABÓN GÓMEZ Germán, De la casación penal en el sistema acusatorio, Colección Ciencias penales, Grupo Editorial Ibañez, 2011, 237 p.
- PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 1969.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 1966.
- PALACIO TISNÉS, Juan Sebastián. Presunción de inocencia. Principio constitucional absoluto. En: Revista ratio Juris, Vol.7, No. 14, Colombia: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, 2012, 53-71 p.
- PALIARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 2a. edición, México. Porrúa. 1960, 467 p.
- PANAMÁ. Constitución Política de Panamá, 2004.
- PARAGUAY. Constitución Política de Paraguay, 1992.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Decimo octava edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada, 2011.
- . Decimoquinta edición. Bogotá: librería ediciones del profesional limitada, 2006, 143 p.
- . Reflexiones sobre presunciones. Bogotá: Revista del Instituto Colombiano Derecho Procesal, Volumen 8, No. 8, 1989, 1 p.
- . Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones. Tomo IV. 7ª. ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda. 2011, 10-26 p.
- PAVLOVICH JIMÉNEZ, Gretty del Carmen. Concepciones del sistema jurídico. En: Justicia Juris, Vol. 8, octubre 2007-marzo 2009, 15 p.
- PELÉ LLLIE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. Universidad Carlos III de Madrid. En: Universitas, Revista de filosofía, derecho y política, No. 1, 2004-2005, 9-13 p.

- PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba judicial. Análisis y valoración. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, 18, 25 p.
- PEÑA, Claudia Patricia Vanegas. Principio de oportunidad: bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación, 2010, 6 p.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. El Formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano. Caracas: Monte Ávila Editores, 1978, 11-19 p.
- PEREZ RESTREPO, Juliana titulado “La carga dinámica de la prueba en responsabilidad administrativa por la actividad médica – Decaimiento de su aplicabilidad”, En: Estudios de Derecho, Vol. 68, No 152. Medellín: Universidad de Antioquia, 2012.
- PERÚ. Constitución Política de Perú, 1993.
- PEYRANO, Jorge Walter. Cargas Probatorias Dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, 60 p.
- . La carga de la prueba. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, 960 p.
- PLAZAS VEGA, Mauricio. Del realismo al trialismo jurídico Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial. 2° Edición. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2009, 60 p.
- PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en KANT, KELSEN, HART, RAWLS, HABERMAS, DWORKIN y ALEXY. En: Universidad Iberoamericana. 2005, 211-234 p.
- PRADA, María Angélica. La integración del derecho internacional en el sistema colombiano. En: Universidad de los Andes, Protección Multinivel de Derechos Humanos, No 14, 2008, 365-391 p.
- PULECIO BOEK, Daniel. La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012, Vol. 38, No. 38, 259-300 p.

- PULIDO CALLEJAS, Carlos Eduardo. La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Tesis de grado, maestría en Derecho, Línea de Profundización en Derecho Penal, Bogotá D. C. Colombia, 2014, 16 p.
- QUEREJETA, Luis Miguel. Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental. En: Eguzkilore. Número 13. San Sebastián, diciembre 1999, 157 – 168 p.
- RAMÍREZ, Pablo Raúl Bonorino. ¿Puede la epistemología ser árbitro en las disputas sobre políticas legislativas? En: Anuario de filosofía del derecho, España: Universidad de La Rioja, No. 26, 2010, 289-304 p.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA Diccionario de la lengua. 23ª edición, 2014.
- REYES ALVARADO, Yesid. La prueba indiciaria. Ediciones Librería del Profesional Ltda. Bogotá, D.C., 1984, 28-30 p.
- REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En: Revista de derecho (Valdivia), Vol. 25, No 2, 2012, 229-247 p.
- RINCÓN PLAZAS, Elmer Ricardo. ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, clasificación perspectiva y alcances. En: Revista Iter ad Veritatem, 2013, Vol. 11, Tunja, Colombia: Universidad Santo Tomás, 197-214 p.
- RIVEROS BARRAGAN, Juan David. El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano. En: Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá, Colombia, N° 12, Edición Especial 2008, 373-394 p.
- ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho procesal civil. Temis, Bogotá: De palma, Buenos Aires, 1972, Volumen III, 119 p.
- ROCHA ALVIRA, Antonio. De la Prueba en Derecho. Bogotá: Ediciones Lerner, 1967, 72 p.

- RODRÍGUEZ Cesar. La decisión judicial. El Debate Hart – Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, 68 p.
- ROJAS ARÉVALO, Ricardo. Teoría del Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, división de universidad abierta, 2000, 24 p.
- ROSAS YATACO, Jorge. Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_14.pdf, el 13 de mayo de 2015.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1955, 202-203, 228 p.
- ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, 29 p.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder. “Estudios Sobre La Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: (1997), tomado de Javier Andrés Serna Mesa. “El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo”. En: Diálogos de Derecho y Política, No. 4, Año 2, 2010, 4 p.
- SALAS, Minor E. Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. En: Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No 27, 2007, 111-142.
- SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe. La teoría del caso. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 91 p.
- SANTIAGO NINO, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gredisa, 2003, 168-174 p.
- SCHONKE, Adolfo. Derecho procesal civil. 5ª. ed. Bosch: Barcelona, 1950, p. 201. Los indicios son objeto de prueba y no medios de prueba, en razón a que son hechos de los cuales se deduce lo que interesa.

- SENTIS MELENDO, Santiago. La carga procesal, en teoría y práctica del derecho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, volumen III, 1959, 81-97 p.
- . La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, 106-108 p.
- SERRANO BURGOS, Kevin Andrés, El indicio como medio de prueba en el marco de la ley 906 de 200, Colección análisis jurisprudencial. Análisis jurisprudencial: Derecho Probatorio en materia penal. Universidad Manuela Beltrán. Bogotá, 2018, 134-152 p.
- SISTO, Horacio Martín. Hegel, la ilustración y los fundamentos epistemológicos de la moral. En: Revista de Filosofía y Teoría Política, No. 31-32, 1996, 282-290 p.
- SUAREZ, José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. En: Principia Iuris, Colombia: Tunja, Universidad Santo Tomás, No. 16, 2014, 310 p.
- SUÁREZ, José Leonardo. Inferencia razonable, Probabilidad de verdad y Conocimiento más allá de toda duda razonable. En: Principia Iuris, Tunja: Universidad Santo Tomás, 2014, Vol. 16, No. 16, 307-330 p.
- SUÑEZ TEJERA, Youranis. La presunción de inocencia y la carga de la prueba. España: Universidad de Málaga. Publicación digital 2012. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/yst3.html>, el 22 de agosto de 2013.
- TARUFFO, Michele, La prueba: Artículos y Conferencias. Santiago de Chile: Monografías jurídicas universitarias. Editorial Metropolitana, 2009, 1-316 p.
- . Consideraciones sobre Prueba y Motivación. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 3 p.
- . La prueba: artículos y conferencias. Editorial Metropolitana, 2009, 110-111 p.
- . Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid, España: Marcial Pons, 2010, 67 p.

- TIMM HIDALGO, Ana Karina. Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas. En: Sol Nascente, Revista do centro de investigacao sobre Ética aplicada, 2010, 3-21 p.
- TORRES ÁVILA, Jheison. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. En: Revista de Derecho, No. 47, 2017, 138-166 p.
- TRIBÍN ECHEVERRY, Fernando. Crítica de la doctrina de la “degradación” de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia. En: Umbral Científico, Bogotá: Universidad Manuela Beltrán Junio, 2010, 68-76 p.
- . Recurso Extraordinario de Casación Penal, Manual para defensores públicos, Defensoría del Pueblo Colombia, junio 2012, 220-226 p.
- UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, 2006, 23 p.
- URUGUAY. Constitución Política de Uruguay, 1967.
- V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Conclusiones, Junín: Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1992.
- VANEGAS TORRES, Gustavo, *et al.* Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Bogotá D.C.: Universidad Libre. 3ª edición 2011, 43-45 p.
- VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. En: Justicia Juris, Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe, Vol. 8, octubre 2007- marzo 2009, 69-83 p.
- VÉLEZ ESTRADA, Sergio. Los principios jurídicos en Colombia: Algunas recomendaciones para su incorporación. En: Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, No 32, 2010, 159-171 p.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo II. 3º Edición. Editorial Marcos Lerner. Argentina, Buenos Aires, 1986, 37 p.
- VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. En: Mede-

lín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, 117 p.

VENEZUELA. Constitución Política de Venezuela, 1999.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Temis, 1984, 214 p.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; GONZÁLEZ SERRANO, Andrés. Reflexiones sobre el “caso Petro”. En: Prolegómenos, Bogotá: Revista Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada Vol. 17, No. 34. 2014, 9-12 p.

VISHINSKI, Andrei. La teoría de la prueba. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951, 326 p.

WESTON, Antony. Las Claves de la Argumentación. Edición Española a cargo de Jorge F. Malem, Universitat Pompeu Fabra, Segunda Edición. 2006, 105-112 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trad. Marina Gascón Abellán, 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997, 110 p.

ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. En: Acta Académica, Órgano de la Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica: No. 54, 2014, 147-186 p.

ANEXOS

Anexo 1. Encuesta

Encuesta				
<p>Al leer la máxima consagrada en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, se consagra como principio rector y garantía procesal la presunción de inocencia y el <i>in dubio pro reo</i>, la cual señala tres aspectos: (1) el trato que debe recibir quien se presume inocente, mientras no quede en firme la decisión definitiva sobre su responsabilidad; (2) la carga de la prueba (bajo el entendido de que esta le corresponde al órgano de persecución penal, sin que en ningún momento se pueda invertir esta carga probatoria); y (3) el estándar probatorio para proferir sentencia condenatoria (bajo el entendido de que el conocimiento que se espera obtener por parte del acusador debe ir <i>más allá de toda duda</i>; de lo contrario, la duda se resolverá a favor del procesado). A continuación, encontrará 6 preguntas sobre las cuales deberá señalar</p>				
Presunción de Inocencia				
TRATO		ALTO	LEVE	BAJO
1.	¿El conocimiento del contenido de la presunción de inocencia es?			
2.	¿El conocimiento de la justificación constitucional de la detención preventiva mientras se define la responsabilidad penal del reo es?			
CARGA		ALTO	LEVE	BAJO
3.	¿El conocimiento de la teoría de la carga dinámica de la prueba es?			
4.	¿El conocimiento de las consecuencias de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal es?			
ESTÁNDAR PROBATORIO		ALTO	LEVE	BAJO
5.	¿El conocimiento del significado de estándar probatorio es?			
6.	¿El conocimiento de los criterios establecidos por el legislador para establecer el umbral de lo razonable es?			

1 TARUFFO, Michele. La prueba: Artículos y Conferencias. Santiago de Chile: Monografías jurídicas universitarias. Editorial Metropolitana, 2009, p. 110-111.

**LAS ANTILOGÍAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN
EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

Se terminó de producir en mayo de 2021.

Las fuentes tipográficas empleadas son Chaparral Pro Light en 12 puntos en texto corrido y Chaparral Pro Bold en 15 puntos en títulos.

“La obra devela las diferentes concepciones del derecho tendientes a la búsqueda de soluciones consideradas fundantes y correctas para la organización social, y analiza desde el ámbito legal, jurisprudencial y doctrinal, las contradicciones semánticas derivadas de las premisas que desarrollan la presunción de inocencia por cuenta de la interpretación judicial. De ahí que se sostenga, de una parte, que el uso de los términos presunción de inocencia y carga dinámica de la prueba son inadecuados; y de otra, que ante el umbral subjetivo de convencimiento para proferir sentencia de condena, en cumplimiento de los mandatos de prevención y garantía reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la trilogía hechos, prueba y argumentación le brindan a la defensa criterios objetivos para enfrentar a su contradictor dialéctico, preservar el estado de inocencia, y trabajar la duda a su favor. Lo anterior, para resguardar el enfoque constitucional del proceso penal como sistema de valores”.



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación

