



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

El estándar de prueba de la inferencia razonable de autoría en el proceso penal colombiano: una propuesta interpretativa

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Investigación - Cohorte: Décima



Autor: Juan Felipe Álvarez Arboleda
Directores: Diana Patricia Arias Holguín – Yeison Manco López

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2020

El estándar de prueba de la inferencia razonable de autoría en el proceso penal colombiano: una propuesta interpretativa.

Juan Felipe Álvarez Arboleda

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho. Modalidad Investigación.

Directores de investigación:

Diana Patricia Arias Holguín

Doctora en Derecho Penal

Yeison Manco López

Candidato a doctor en filosofía

Líneas de investigación:

Criminología, política criminal y derecho penal: enfoques críticos.

Derecho procesal y justicia.

Grupo de Investigación:

Derecho y Sociedad

Cohorte X

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Medellín, Colombia
2020

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

- 1.1. Planteamiento del problema
- 1.2. Objetivo
- 1.3. Metodología

2. PUNTO DE PARTIDA TEÓRICO

3. DETENCIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL PROCESO PENAL

- 3.1. Presunción de inocencia y detención preventiva.
- 3.2. Detención preventiva en la Ley 906 de 2004
- 3.3. Aproximación al concepto de inferencia razonable de autoría.
 - 3.3.1. La inferencia razonable de autoría y su papel en la audiencia de formulación de imputación.
 - 3.3.2. La inferencia razonable de autoría y su papel en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento.
- 3.4. Excurso: detención preventiva y principio de proporcionalidad.

4. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL DERECHO

- 4.1. ¿Estándar de prueba, suficiencia probatoria o sana crítica?
- 4.2. ¿Qué es un estándar de prueba?
 - 4.2.1. Probable Cause y Test for Relevant Evidence.
- 4.3. ¿Qué función cumple un estándar de prueba?
 - 4.3.1. El EP como regla de distribución del error.
 - 4.3.2. El EP como concepto Denso.
- 4.4. ¿Construir un estándar de prueba desde el garantismo penal?

5. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA

5.1. Consideraciones previas para una interpretación del término inferencia razonable de autoría: Teoría del delito y teoría del proceso penal.

5.2. Desvalor de acción y relación de autoría como criterios para la determinación de la inferencia razonable de autoría.

5.2.1. La noción de *desvalor de acción*.

5.2.2. Autoría y teoría del dominio del hecho.

6. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

La imposición de medidas de aseguramiento en el proceso penal colombiano ha sido supeditada por el legislador a la satisfacción de un estándar de prueba llamado Inferencia Razonable de Autoría, sin embargo, el Código de Procedimiento Penal colombiano no ha definido qué debe entenderse por Inferencia Razonable de Autoría.

El propósito de esta investigación es justamente proponer una interpretación del concepto mencionado, que permita limitar racionalmente la aplicación de esta clase medidas y proteger de esta forma los derechos y libertades ciudadanas.

Palabras clave: Medidas de aseguramiento, estándar de prueba, inferencia razonable de autoría.

ABSTRACT

The imposition of security measures in the colombian criminal process has been subordinated for the congress to the fulfillment of an standard of proof called *Inferencia Razonable de Autoría*, however the Colombian Code of Criminal Procedure has not defined what should be understood by *Inferencia Razonable de Autoría*.

The purpose of this investigation is precisely to suggest an interpretation of the mentioned concept, the objective is to limit rationally the application of this kind of measures and thus to protect citizen's rights and freedoms.

Key words: Security measures, standard of proof, *inferencia razonable de autoría*.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del problema

La detención preventiva en establecimiento carcelario es, dentro de las diferentes medidas de aseguramiento previstas en la Ley 906 de 2004, la más gravosa para las libertades civiles. Su justificación se remite al aseguramiento de los fines del proceso penal, a la protección de la sociedad o de la víctima; y su imposición está condicionada por la satisfacción de una serie de requisitos tanto sustanciales como procesales y probatorios. Dentro de estos últimos se encuentra el estándar de prueba o el grado de suficiencia probatoria, entendido como la obligación de la Fiscalía General de la Nación de probar que entre el imputado y los hechos motivo de investigación es posible establecer una *inferencia razonable de autoría* (artículo 308 Ley 906 de 2004) Así como la obligación del juez de verificar que ello, en efecto, sea así.

La dificultad que se presenta respecto del requisito para imponer medida de aseguramiento mencionado en el párrafo anterior es que la Ley 906 de 2004 no determina en ningún momento qué debe entenderse por el estándar de prueba de *inferencia razonable de autoría*, lo que, sumado a una jurisprudencia que ha sido reacia a definir este concepto, ha dejado su interpretación al libre arbitrio judicial.

Las consecuencias de no contar con una definición precisa de tal presupuesto para la imposición de medida de aseguramiento son severas, porque este estándar de prueba es, si se toma en serio, una de las barreras de protección más importantes dentro de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, por lo que su imprecisión conceptual facilita una intromisión injustificada del Estado que conduce, en no pocos casos, a una privación injusta de la libertad.

1.2. Objetivo

En ese orden de ideas, el objetivo de esta investigación es el de construir una hermenéutica del estándar de prueba de *inferencia razonable de autoría* que dote de contenido este concepto y que permita fijar parámetros claros y objetivos que le faciliten al fiscal saber qué es lo que está obligado a probar en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento,

y al juez evaluar si esto ha sido o no probado. Igualmente será de utilidad para la defensa, en la medida en que le permitirá evaluar de forma estructurada y racional el ejercicio de la Fiscalía y en caso tal contradecir los argumentos expuestos por ésta con el fin de persuadir al funcionario judicial de acceder a la pretensión del fiscal.

1.3. Metodología

Desde luego al ser esta una propuesta de interpretación del derecho positivo parte de un enfoque dogmático, no obstante, ello no significa que se deje de lado un ejercicio crítico acerca de la figura de la detención preventiva y de la necesidad de limitar de forma racional su aplicación en el proceso penal colombiano. Justamente por esto, como se verá un poco más detenidamente en el segundo apartado, se adopta un punto de partida teórico que, si bien satisface las exigencias del método dogmático, permite además la inclusión de premisas político criminales en la construcción hermenéutica del concepto de *inferencia razonable de autoría*.

Esta metodología dogmática es, desde luego, un ejercicio de interpretación y de sistematización, pero también de crítica. Puesto que entiende que frente a un enunciado normativo es posible plantear siempre diversas interpretaciones del mismo, de ahí entonces que entre las diferentes opciones hermenéuticas deba elegirse no solo aquella que sea compatible con el derecho positivo sino que al estar frente a una institución como la detención preventiva, que tiene un serio impacto en los derechos del ciudadano, debe optarse además por aquella que permita una aplicación mínima y racional de esta figura.

Lo anterior, además, se encuentra acorde con principios y valores constitucionales que inspiran el garantismo penal y que, desde luego, permean la construcción de este texto. Facilitando con ello el ofrecer una propuesta hermeneútica que propende por la protección de los derechos y las libertades ciudadanas reconocidos en la Constitución de 1991 a partir de la racionalización de la aplicación de la detención preventiva.

La estructura de este trabajo tiene el siguiente orden: en primer lugar se realiza una breve exposición del punto de partida teórico que guía la construcción de este texto, permitiéndole al lector identificar las premisas dogmáticas y valorativas que subyacen a la tesis propuesta.

En segundo lugar se estudia lo que tiene que ver con la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, ello con el fin de fijar el rito procesal que guía esta audiencia, identificar los intervinientes así como las obligaciones o deberes que les corresponden. Esto permite enmarcar los límites de la discusión sobre el estándar de prueba y las dificultades que afronta la construcción de su hermenéutica. Al finalizar este capítulo se dedican algunas páginas al principio de proporcionalidad, dejando en claro que si bien el mismo no es objeto de este trabajo, su mención era importante en aras de mostrar que fuera del estándar de prueba existen otros límites a la aplicación de la detención preventiva.

En tercer lugar se realiza una revisión del concepto estándar de prueba con el fin de concretar qué es lo que la doctrina entiende por este término, cuáles son sus objetivos en el interior del proceso jurisdiccional y las dificultades que afronta la construcción de cualquier estándar de prueba.

En cuarto lugar se aborda la relación entre derecho sustancial penal y derecho procesal penal, con la pretensión de asociar ambos en la construcción de una hermenéutica de la *inferencia razonable de autoría*. Seguidamente se proponen dos elementos que integran la estructura dogmática de la responsabilidad penal y que tienen la capacidad suficiente para dotar de contenido este estándar de prueba; de lo que se trata es de vincular las reflexiones de orden sustancial con las construcciones procesales y probatorias a fin de contribuir a un desarrollo armónico e integral del régimen penal colombiano.

Los elementos de la responsabilidad penal propuestos y que tienen la capacidad de dotar de contenido material el estándar de prueba requerido para la imposición de la medida de aseguramiento, son el concepto de desvalor de acción y la relación de autoría, los que, si son correctamente acreditados por la Fiscalía, permitirán entender que se ha llevado a cabo un acto que reviste interés para el Derecho penal y que es posible vincular ese acto con un individuo determinado. Esto podríamos llamarlo indicio meritorio de responsabilidad penal que, ante su prueba, justifica concluir la existencia de una *inferencia razonable de autoría*.

Finalmente, en las conclusiones se plasma el desarrollo de esta propuesta interpretativa, así como sus ventajas y sus límites, justificando por qué estos criterios no solo son idóneos para cumplir el objetivo propuesto, sino que además satisfacen las exigencias que, desde el punto

de vista del garantismo penal, debe cumplir toda institución que pretenda respetar al máximo los derechos del ciudadano, al aportar una racionalización y minimización del derecho penal.

2. PUNTO DE PARTIDA TEÓRICO

Considero importante exponer desde ahora que el garantismo penal es el punto de vista teórico que guía la construcción de este texto, de él se adoptan tanto sus premisas axiológicas y políticas como sus presupuestos epistémicos. Situación que merece, desde luego, una explicación más detenida.

Es evidente que el objetivo de este texto nos obliga a situarnos en el marco del proceso penal, cuya estructura hace parte de la libertad de configuración legislativa, sin embargo, ésta no puede desconocer reglas y principios constitucionales, como la dignidad humana (Art.1), la igualdad (Art.13), la libertad (Art.24), la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso en general (Art. 29).

Como es conocido, el reconocimiento judicial de un derecho o su negación, así como la imposición de una pena o el decreto de una absolución, son consecuencias del proceso inferencial a partir del cual un juez establece si un hecho ha sucedido o no. Sin importar cuál sea el resultado al que se llegue, el proceso jurisdiccional ha de establecer los cauces por los cuales se discuten los elementos fácticos y jurídicos necesarios para arribar a dicha conclusión.

Ahora bien, la cuestión de si un determinado proceso jurisdiccional, en abstracto, respeta tales reglas y principios constitucionales conlleva a la pregunta: ¿Cuáles son las condiciones que hacen posible que la decisión, resultado de este proceso, sea ajustada a las garantías de orden constitucional? Frente a este interrogante, considero pertinente y suficiente acoger los fundamentos del *garantismo penal*, como condición necesaria para afirmar que una decisión tomada respeta los derechos y las garantías constitucionales, lo anterior, por cuanto este postulado es a todas luces compatible con la Carta Política de 1991.

Si bien no puede llevarse a cabo un detenido análisis sobre por qué tal teoría resulta adecuada para desarrollar los mandatos contenidos en la Constitución colombiana, si es importante resaltar que el garantismo no pretende ser solo una teoría general del derecho, sino que además busca convertirse en un modelo normativo de derecho, a partir del cual, primero, todos los

poderes del Estado estén subordinados al derecho, y al principio de estricta legalidad; segundo, se busca asegurar tanto los derechos individuales tradicionales como los derechos sociales¹; y tercero, en este contexto, los derechos fundamentales no son solo límites al poder del Estado, sino que además, su satisfacción y protección, es condición de legitimidad de toda actuación estatal. En este sentido entonces, el garantismo no solo es compatible con la Carta Política, sino que además se convierte en un medio idóneo para integrar ese contenido axiológico propio del texto constitucional con el ejercicio práctico del derecho.

Ahora bien, esta teoría, en el plano epistemológico, se caracteriza como un sistema cognoscitivo que parte de dos nociones hoy ampliamente conocidas, la estricta legalidad o convencionalismo legal y la estricta jurisdiccionalidad o cognoscitividad jurisdiccional, ambas representan una serie de valores epistémicos que, de aceptarse, condicionan los ámbitos de producción y ejecución del derecho, tanto legislativa como jurisdiccionalmente. (Ferrajoli, 2011, p.33).

En el plano del proceso penal, que es el que aquí interesa, el garantismo parte de develar las relaciones existentes entre saber y poder, entre cognoscitividad y decisionismo, como rasgos característicos de dos modelos extremos, el de derecho penal mínimo o garantista, y el de derecho penal máximo o autoritario. El reconocimiento histórico de estos dos extremos opuestos facilita evaluar un proceso penal según si las instituciones que lo componen se acercan más a uno u otro límite.

En el caso del modelo cognoscitivista o de derecho penal mínimo, se parte de una serie de garantías tanto sustanciales como jurisdiccionales, de conformidad con las cuales no se admite ninguna imposición de pena sin que

(...) se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso

¹ Como explica Torres Ávila (2017) “(...) puede comprenderse por garantismo un modelo de Derecho y de Estado de Derecho que supera tanto al Estado Legislativo y al Estado de Derecho en crisis y propone alternativas asentadas en el aseguramiento de los derechos individuales tradicionales y de los derechos sociales, así como la sujeción a los derechos fundamentales de todos los actos para poder adquirir el carácter de legítimos.” (p.146).

público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos. (Ferrajoli, 2011, pp. 103-104).

Tales garantías, integran los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, según su naturaleza sea de orden sustancial o procesal.

Sobre el primero basta decir que, desde el *garantismo*, se constituye en una “regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados ‘verdaderos de los’ hechos procesalmente comprobables”. (Ferrajoli, 2011, p.378). La hipotética satisfacción del principio de estricta legalidad no solo conllevaría una contención máxima del poder punitivo del Estado, sino que además facilitaría sustancialmente la aplicación del derecho penal por parte de los jueces, sin embargo, desde la teoría se reconoce que no existe ningún sistema penal que cumpla a cabalidad con este principio, sino tan solo sistemas que se aproximan en mayor o menor medida al mismo.

El segundo de los principios mencionados, el de estricta jurisdiccionalidad, es también de vital importancia, a pesar de que éste es igualmente de difícil -sino de imposible- cumplimiento al ciento por ciento en la práctica, su reconocimiento como fundamento del sistema garantista posibilita lidiar con los defectos en la observancia de la estricta legalidad.

La estricta jurisdiccionalidad, como garantía epistémica, requiere dos condiciones, *la verificabilidad o refutabilidad* de la acusación, y *la prueba empírica* de la misma. La primera supone que el hecho por el cual se es enjuiciado esté claramente descrito y denotado como delito tanto por la ley penal como por la acusación del ente fiscal. En segundo lugar, es necesario que la hipótesis acusatoria esté respaldada en pruebas que a su vez permitan ser verificadas y refutadas por la defensa. (Ferrajoli, 2011, p.37).

La sujeción del proceso penal a la estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad garantiza la protección a las libertades civiles, además, ambas condiciones constituyen también garantías a la verdad, son, en últimas, condiciones para la atribución del predicado verdadero a las proposiciones que sustentan una providencia judicial.

A la pregunta por la verdad, como resultado del proceso judicial, se le han dedicado extensas reflexiones de todo orden; numerosas tesis tienen origen en la teoría del derecho, mientras otras tantas se traen de las ciencias exactas o naturales. Se habla de la verdad como correspondencia, de la teoría de la coherencia, del consenso, así como de las teorías semánticas de la verdad, entre otras. Sin que a la fecha exista un acuerdo acerca de la corrección de estas alternativas. (Neuman, 2006).

Desde luego la teoría del garantismo penal se ocupa de este problema puesto que es una condición de legitimidad del proceso penal, propender porque la decisión judicial que se tome pueda ser calificada como *verdadera*. Toda vez que, renunciar a la búsqueda de la verdad como fin del proceso penal equivale a optar “explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, a costa de una profunda incompreensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional” (Ferrajoli, 2011, p.47).

En este lugar no es posible exponer detenidamente la noción de *verdad procesal* con la cual opera el *garantismo*², por lo cual se presentarán de forma muy esquemática los criterios de los cuales se parte. En primer lugar, el garantismo propone una noción de verdad como *correspondencia semántica* que:

(...) no se compromete (...) en el asunto metafísico de la existencia de una correspondencia ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan, sino que se limita a dilucidar de manera unívoca y precisa el significado del término “verdadero” como predicado metalingüístico de un enunciado. No es, en suma, una definición real, sino una definición nominal. (Ferrajoli, 2011, p.49).

Esta definición es útil como instrumento de análisis para “distinguir la distinta referencia semántica (de la verdad) de las proposiciones fácticas y de las proposiciones jurisdiccionales”

² De forma ilustrativa se trae la siguiente cita “El análisis del concepto de “verdad procesal” concluye consecuentemente en el de los conceptos ahora indicados de “verdad fáctica” y de “verdad jurídica” en lo que aquél puede ser descompuesto. A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognoscitivo de la definición de “verdad” elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del término “verdadero”. Según esta definición, “una proposición P es verdadera si, y sólo si, p” donde “P” está por el nombre metalingüístico de la proposición y “p” por la proposición misma: por ejemplo, “la oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca” (...)” (Ferrajoli, 2011, p.48).

pero no resuelve el problema relativo a “las condiciones en presencia de las cuales podemos aseverar que tales proposiciones son verdaderas. Esta teoría en efecto no suministra un criterio objetivo o realista de aceptación de la verdad (...) sino que se limita a indicar las condiciones de uso del término “verdadero ” (...)” (Ferrajoli, 2011, p.49).

En segundo lugar, se parte de que la verdad procesal es siempre una verdad aproximativa, en el entendido de que no existen criterios que permitan establecer verdades absolutas u objetivas. Como explica Ferrajoli (2011):

La verdad de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la “verdad” de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos. (p.50).

Finalmente, y como es de sobra conocido, una proposición judicial puede ser, normalmente, descompuesta en dos proposiciones o juicios, uno fáctico o sobre los hechos y uno jurídico o sobre derecho, lo que vinculado a lo anterior hace que sea posible hablar de “la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos “verdadero” y “falso” para designar la conformidad o disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos.” (Ferrajoli, 2011, p.49). De modo que, una sentencia judicial está compuesta de tres inferencias, una inferencia inductiva o *inducción fáctica*, una inferencia deductiva o *inducción jurídica*, y un silogismo práctico que vincula las anteriores inducciones con la consecuencia que el ordenamiento jurídico dispone para el mismo.

El razonamiento inferencial no es, de ninguna manera, sencillo de explicar. Son muchas las discusiones que se ciernen en torno al mismo, por lo que no es conveniente tratarlo como si se estuviera ante un aspecto claro y definido de la práctica probatoria. Como explica Ruiz (2019) en la teoría del derecho probatorio se habla, generalmente, de dos clases de inferencias, las deductivas y las no deductivas, éstas últimas son las que se presentan mayormente frente a los

medios de prueba, salvo casos muy puntuales como aquellos explicados por Ruiz bajo el concepto de prueba tasada.³ Lo anterior, toda vez que

(...) como regla general, en el ámbito probatorio las premisas, que son las pruebas, no garantizan la verdad de la conclusión; por ello, el razonamiento probatorio no es reducible a una deducción en términos formales, pues *a priori* no es posible que una generalización del conocimiento humano garantice la verdad de una hipótesis probatoria. (Ruiz, 2019, p. 470)

Dentro de las inferencias no deductivas se hallan tanto las inferencias inductivas como las abductivas, las primeras se entienden como una forma de razonamiento a partir de la cual se generalizan experiencias, mientras que las segundas permiten formular hipótesis explicativas. (Ruiz, 2019, p. 471) Estas clases de inferencias, a pesar de ser necesarias en el ámbito judicial, no conducen siempre a soluciones correctas, por ello es necesario someter el razonamiento probatorio a un control epistémico que reduzca el riesgo de error.

Considerando lo hasta ahora dicho, podrá predicarse verdad o falsedad de una *inducción fáctica*, siempre que esté compuesta de aserciones verificables empíricamente, es decir, de aseveraciones que describan hechos o sucesos que puedan ser percibidos por los sentidos. Por el contrario, las declaraciones que suponen un juicio de valor no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas, puesto que no son susceptibles de verificación empírica. De igual forma, la *inducción jurídica* podrá ser calificada como verdadera o falsa, siempre y cuando la definición legal del concepto del que se trate, ya sea un elemento del delito, un tipo penal particular o una institución penal en general, sea lo suficientemente precisa como para permitir la subsunción en ella de los hechos empíricos previamente determinados.

³ “la prueba legalmente tasada es *prueba deductiva*(...). Como ocurre en el derecho colombiano con la prueba de propiedad sobre un inmueble, o la prueba de una obligación cambiaria, o en el caso de la prueba del estado civil de las personas; pues en estos casos la premisa mayor es la normatividad que regula los documentos requisito de existencia de negocios sobre la propiedad o la obligación cambiaria, o los registros documentados sobre el estado civil de las personas; la premisa menor es el negocio con el inmueble, o la obligación cambiaria adquirida o el hecho del nacimiento o el contrato matrimonial; en conclusión se es propietario, o se tiene la obligación cambiaria, o se tiene el carácter de hijo o de padre, y demás, si se cumple en el caso con los requisitos del documento que exige la premisa mayor. En contraste, en la prueba libre su valoración obedece a un esquema de razonamiento probabilístico que algunos denominan como lógica inductiva y otros autores prefieren designar la abducción.” (Ruiz, 2019, p.453)

Como se señaló en párrafos anteriores, los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, son, además de garantías de libertad, garantías de verdad. Con ello se quiere decir que no es posible hablar de verdad de una proposición judicial, ni de las *inducciones* que la componen, con independencia del diseño estructural del proceso penal y de la determinación legislativa de la ley sustancial.

Acorde con los objetivos de este trabajo, debe hacerse énfasis en que el principio de estricta jurisdiccionalidad supone un acto acusatorio, una carga de la prueba y un derecho de defensa, como se explicará en el primer capítulo, estas tres categorías se ven reflejadas en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, a partir de la individualización de los hechos y el delito imputado, los elementos de conocimiento con los cuales el Fiscal sustenta su solicitud de medida de aseguramiento y la contradicción de los mismos por parte de la defensa letrada. Estas tres garantías no son solo criterios de estructuración legislativa del proceso penal, sino que constituyen también criterios interpretativos en aquellos supuestos en los que instituciones de carácter procesal, como sucede en el caso del estándar de prueba en materia de imposición de medida de aseguramiento, no han sido adecuadamente connotadas por el legislador, lo anterior no solo como un postulado del garantismo sino también por exigencia del Código de Procedimiento Penal, el cual ordena que las decisiones se tomen con base en evidencia e información legalmente obtenida y se garantice sobre estas el derecho de contradicción y de defensa. (Artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 906 de 2004)

3. DETENCIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL PROCESO PENAL

El sistema penal colombiano, al igual que la mayoría de regímenes penales occidentales, prevé una serie de medidas preliminares destinadas a asegurar los fines del proceso penal⁴ así como la protección de la sociedad y de las víctimas⁵. Sobre esto explica Nieva Fenoll (2017):

⁴ Existe al interior de la doctrina procesal penal una discusión acerca de si el proceso penal tiene fines autónomos o por el contrario sus fines son los mismos que los del derecho penal sustancial, creo que le asiste razón a esta última postura, por eso se parte aquí de una definición instrumental del proceso penal como la propuesta por Pujadas (2014) quien explica que “el proceso penal es un juicio de resolución de la cuestión penal; en otras palabras (por fuerza simplistas), mediante el proceso penal, en tanto instrumento de aplicación del ius puniendi, se resuelve la subsunción de un hecho a una norma penal, aplicando ésta en caso de que aquel ejercicio reporte un resultado positivo. (...) Con todo, puede afirmarse que en el proceso penal se resuelve la relación entre un hecho, un sujeto y la norma penal, aplicándose las consecuencias que de esa resolución se deriven” (pp.115-116)

⁵ “Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las

Las medidas cautelares son órdenes que intentan que el tiempo que tarda en sustanciarse un proceso no acabe provocando la inutilidad práctica, en sentido amplio, de la tutela que se dispensa con el mismo. Se trata, por tanto, de avanzar en ocasiones la tutela otorgada en la sentencia, aunque a veces solamente se toman medidas que preservan el statu quo existente, a fin de congelar la situación de hecho que será considerada por los jueces. En otros casos se busca precaver daños a las víctimas. En todo caso, como decimos, lo que se busca genéricamente es que la protección judicial no sea *inutiliter data*. (p.253).

En el caso de la Ley 906 de 2004 se ha diferenciado entre medidas cautelares, como aquellas que se toman sobre los bienes patrimoniales del imputado – artículo 92⁶- y medidas de aseguramiento que versan directamente sobre la persona imputada, únicas que son de interés en este apartado.

Entre las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 307 de la citada Ley, se encuentran, las privativas de la libertad como la Detención Preventiva sea en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado, y las no privativas de la libertad, como la vigilancia electrónica, personal o institucional, el deber de observar buena conducta, la prohibición de salir del país o de acudir a determinadas reuniones o lugares, entre otras.

Todas las medidas de aseguramiento parten de establecer restricciones sobre los derechos del imputado, diferenciando entre las medidas no privativas de la libertad y las privativas de este derecho son, desde luego, estas últimas las que resultan más gravosas para las libertades civiles, sin embargo aún entre las dos formas de medidas privativas de la libertad cabe establecer diferencias de toda índole, puesto que, mientras la detención en la residencia del imputado supone, fundamentalmente, la restricción del derecho a la libertad de locomoción, la detención en establecimiento carcelario afecta no solo este derecho sino varios derechos más

decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.” (Corte Constitucional Sentencia C-469 de 2016.)

⁶ “**ARTÍCULO 92. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES.** El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito (...)”

como la dignidad humana, la salud, etc. Esto en razón del estado material y estructural del sistema de prisiones nacional.⁷

Por lo anterior, y a pesar de que ambas medidas son privativas de la libertad, existen notables diferencias entre una y otra, no solo en términos teóricos sino también prácticos, lo que implica que las reflexiones que se realicen para la detención preventiva en establecimiento carcelario no sean necesariamente aplicables a la detención domiciliaria.

Así las cosas, se propone un análisis contextual de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, de cara a establecer su regulación en la Ley 906 de 2004. No obstante, y antes de emprender dicho análisis, es fundamental poner de presente que, para quien escribe este texto, la detención preventiva en establecimiento carcelario es no solo inconstitucional sino inhumana, no obstante, no ser este el espacio para desarrollar a fondo el anterior juicio, conviene por lo menos explicar algunas de las razones que lo sustentan.

3.1.Presunción de inocencia y detención preventiva

Este principio, consagrado en el artículo 29⁸ de la Constitución Política de 1991, impone considerar como inocente a todo aquel cuya responsabilidad penal no haya sido declarada

⁷ La situación es de tal entidad que muchas personas permanecen detenidas no en centros carcelarios y penitenciarios, sino en estaciones de policía, o como son conocidos, centros de reclusión transitoria. Espacios que se encuentran aún en peores condiciones, puesto que no han sido pensados para albergar personas por largos periodos, y no obstante algunas de ellas llevan más de un año recluidas en dichos lugares. Al respecto, véase la sentencia de tutela STP 14283- 2019 del 15 de octubre de 2019. Sala de Casación Penal, M.P. Patricia Salazar Cuellar. En la cual se reconoce para el caso de Medellín “que la realidad por la que pasan las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria de Medellín a todas luces configura una afrenta a la dignidad humana y un desconocimiento palmario de las garantías fundamentales que les asisten como población vulnerable, precisamente por el estado de sujeción al que se encuentran sometidos por la restricción de su libertad.”

⁸ “**ARTICULO 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.”

mediante una sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada. Los fundamentos políticos y axiológicos sobre los que se edifica este principio son imposibles de explicar aquí, puesto que tienen una intrincada relación no solo con un determinado modelo de Derecho penal sino que alcanzan a permear hasta el modelo de Estado mismo⁹.

La gran atención que ha recibido la presunción de inocencia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ha dado lugar a múltiples discusiones en torno a las diversas formas en las cuales se manifiesta este principio, existe -en mi criterio- cierto consenso sobre tres formas primordiales que son:

- i) *Presunción de inocencia como principio informador del proceso penal*: esta acepción adquiere el carácter de límite a la libertad de configuración del legislador – y en general a la capacidad de actuación del Estado -, obligándolo a diseñar un proceso penal que procure respetar en todo momento la presunción de inocencia que cobija al procesado. Como advierte López (2004): “La presunción de inocencia es un derecho que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.” (p.210). Se trata “del derecho que resguarda a las personas de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado cuando ejerce el *ius puniendi* y, por lo tanto, constituye una garantía para el ejercicio de otros derechos fundamentales que podrían resultar afectados, como la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre.” (Corte Constitucional, sentencia C-276 de 2019)
- ii) *Presunción de inocencia como regla probatoria*: esta vertiente del principio se manifiesta en dos sentidos, el primero hace recaer en cabeza del Estado, más específicamente de la Fiscalía, la carga de la prueba¹⁰ de la responsabilidad penal

⁹ “Bien sabido es que a la presunción de inocencia le subyace una valoración muy profunda que se conecta justamente con la necesidad de proteger la libertad del sindicado así como con su derecho de defensa y contradicción. A partir de esta profunda justificación con fundamento en la cual se construye uno de los pilares más importantes del Estado de Derecho, se da por cierto que el acusado es inocente sin que este hecho esté aún probado, sin que nos conste.” (Corte Constitucional Sentencia T-827 del 2005).

¹⁰ El uso del término «carga de la prueba» en este contexto no es técnicamente correcto, como explica Nieva Fenoll (2017) “Pese a las reiteradas declaraciones doctrinales y jurisprudenciales, la carga de la prueba es un concepto ajeno al proceso penal, tanto en su vertiente subjetiva como objetiva, dado que las situaciones de non liquet se resuelven a través de la presunción de inocencia, que no es una norma de carga de la prueba. La carga de

del procesado, desde este punto de vista, corresponde al Estado reunir los elementos de conocimiento necesarios para condenar a un ciudadano, mientras que éste puede, incluso, renunciar a realizar cualquier acto de defensa, toda vez que, el mínimo déficit probatorio obra en su favor, como explica la Corte Constitucional “No es el acusado quien debe probar su inocencia, pues él se presume inocente hasta tanto el Estado no pruebe lo contrario, a saber, que es culpable.” (Corte Constitucional, sentencia T-827 del 2005) El segundo sentido, representado a través de la noción *in dubio pro reo*, obliga al juez a absolver al procesado en los casos en que, a pesar de existir pruebas que respaldan la culpabilidad del mismo, el órgano acusador no ha logrado satisfacer a cabalidad el estándar de prueba exigido para la condena¹¹.

- iii) *Presunción de inocencia como regla de tratamiento*: desde este punto de vista, este principio exige diferenciar entre quienes están afrontando un proceso penal, y por lo tanto, aún se presumen inocentes, de aquellos que ya han sido condenados por lo que dicha presunción ha sido desvirtuada; esta distinción está ligada, desde luego, a la diferencia entre la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva, puesto que, si la prisión preventiva no puede ser tenida nunca como una pena sino tan solo como una medida cautelar, es apenas lógico que las condiciones materiales en las que se ejercen una y otra no pueden ser iguales, como ya se dijo antes, quien se presume inocente debe recibir un trato diferente de quien ha sido declarado culpable¹².

Esta separación entre procesados y condenados ha sido estipulada en la Ley 65 de 1993 y defendida reiteradamente por la Corte Constitucional, quien desde 1998

la prueba, en los procesos en los que se aplica, es una ultima ratio del Derecho Probatorio. Antes de acudir a la misma, el juez tiene que intentar la labor de valoración de la prueba, y solamente en caso de que dicha valoración se revele imposible porque no haya prueba en realidad, puede acudir a la solución de la carga de la prueba.” (p.400).

¹¹ Cabe anotar que: “La presunción de inocencia (...) no actúa en caso de insuficiencia de prueba solamente, sino que orienta toda la actividad probatoria, suficiente o insuficiente. La razón de ello es que los legisladores penales, desde muy antiguo, han sido muy conscientes de que el acusado acostumbra a vérselo prejuiciosamente como culpable. Solo por el hecho de que una investigación previa al proceso haya señalado a una persona como sospechosa, o simplemente por haber sido siquiera denunciada, cualquier observador tiende a pensar que esa persona es culpable. Y de ese juicio preconcebido no se libra el juez.” (Nieva, 2017, p.408)

¹² A propósito menciona López (2004) “En definitiva, la presunción de inocencia, en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impone, al menos, dos tipos de exigencias: en primer lugar, que las medidas cautelares se adopten únicamente cuando se presenten los presupuestos señalados legalmente y, en segundo lugar, que la finalidad aneja a estas medidas tenga exclusivamente naturaleza cautelar, nunca represiva, preventiva o de impulso de la fase de instrucción.” (p.223)

viene afirmando que “el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros”. (Sentencia T-153 de 1998) Sin embargo, las diferentes sentencias en las que este Alto Tribunal se ha pronunciado sobre lo anterior¹³, no dejan de ser un saludo a la bandera, puesto que ninguna de ellas ha ido más allá de una reivindicación axiológica de esta distinción, sin repercusiones materiales en las condiciones de reclusión de aquellos que aún no han sido condenados. Como lo declaró Londoño Berrío desde el año 2003 en un análisis sobre la jurisprudencia de la época, pero totalmente aplicable al día de hoy:

Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se le irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva, se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc. [...] En definitiva, con la DP se pierden los mismos derechos del penado, la privación de la libertad se cumple generalmente en los mismos centros de reclusión de éste, es de carácter coactivo, se irroga con motivo o con el pretexto de un hecho punible y la impone un actor institucional que representa al Estado, factores que sumados permiten concluir -desde la perspectiva psicológica- que no existe diferencia sustancial entre la privación de la libertad con motivo de la DP o de la pena. (2003, p.199).

Es evidente entonces que la detención preventiva es una negación del derecho a la presunción de inocencia, lo expuesto por el profesor Londoño Berrío, quien se concentra en este caso en la inexistencia de diferencias materiales en las condiciones de reclusión de detenidos y condenados, conduciendo a la equiparación real entre la pena de prisión y la medida de aseguramiento, es, sin duda, un argumento alarmante, sin embargo las críticas a esta figura son de todo orden, una de las que mayor eco ha tenido en la discusión actual es la formulada por Ferrajoli, quien con gran vehemencia ha explicado que:

¹³ T-153 de 1998, T-971 de 2009, T-388 de 2013, T-762 de 2015, C-026 de 2016, T-267 de 2018, entre otras.

(...) todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* – es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas (...) se ha disuelto la función de tutela del derecho penal y el papel mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces pero no tan garantistas. (2011, p.556).

En nuestro país son también críticos de esta medida, entre otros, Sorza Cepeda (2016), García Jaramillo¹⁴, Hernández Jiménez (2013), Ospina López (2015) y Sandoval Fernández y Del Villar Delgado (2013), estos últimos, a pesar de defender la renuncia a la prisión preventiva han realizado un loable estudio sobre la regulación que de esta figura se hace en la Ley 906 de 2004 y su desarrollo jurisprudencial, encaminado a la propuesta de “construcciones procesales que puedan aplicarse en los casos concretos operando como criterios de contraselectividad capaces de sustraer a los individuos, aunque sea en parte, tanto de la anticipada y amañada consideración de autor a la que es sometido como de la afectación de sus derechos fundamentales, particularmente de su libertad.” (p.195). La alternativa hermenéutica que aquí se ofrece parte justamente de dicho objetivo.

Ahora bien, los argumentos que justifican la incompatibilidad de la prisión preventiva con la presunción de inocencia – y por ende su inconstitucionalidad- son tanto de orden jurídico como político y sociológico, sin embargo este texto no tiene como finalidad ocuparse de este problema, todo lo contrario, parte – al igual que Londoño (2003) y Ferrajoli (2011)- de que lo deseable sería renunciar al encarcelamiento preventivo como medida cautelar en el proceso penal colombiano, no obstante, quedarse estático en virtud de tal posición sería renunciar también a la elaboración de propuestas teóricas – como lo expresan Sandoval Fernández y Del Villar Delgado- que de *lege lata*, permitan restringir al máximo la adopción de esta medida, y

¹⁴ García, W. (2011) *La detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los estándares del sistema interamericano de derechos humanos*. Tesis. Universidad Libre. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6440>

le faciliten a su vez a los diferentes operadores jurídicos del sistema penal, sustentar las decisiones que tomen en torno a su inaplicación.

Por lo anterior, este texto busca ofrecer una propuesta interpretativa sobre el término inferencia razonable de autoría, que sea compatible con el derecho positivo y que a la par contribuya con la restricción de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Bajo estas condiciones, es indispensable examinar lo dispuesto en el Estatuto Procesal Penal colombiano en torno a esta figura.

3.2. Detención preventiva en la Ley 906 de 2004

El artículo 306¹⁵ del Código Procesal Penal colombiano regula la solicitud de medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía General de la Nación, el procedimiento es el mismo sin importar la medida que se esté requiriendo y, a grandes rasgos, supone los siguientes requisitos:

- i) *Formulación de imputación:* es necesario que el ciudadano frente a quien se solicita la medida de aseguramiento haya adquirido previamente la condición de imputado, como explica González, J. (2019) a partir de esta audiencia, se determinan los supuestos fácticos y su calificación jurídica -necesarios para ejercer el derecho de defensa y de contradicción-; tiene lugar la etapa de investigación formal como etapa previa a la formulación de acusación; inician los términos para la presentación del escrito de acusación; se abre espacio para la aceptación de cargos o para la negociación entre defensa y fiscal; se interrumpe el término de prescripción de la acción penal, y se autoriza la solicitud de medida de aseguramiento. No está de más mencionar que, si bien no existe un descubrimiento probatorio, la Fiscalía si debe fundar su formulación de imputación en elementos materiales probatorios e

¹⁵ “**ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:** El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición.”

información legalmente obtenida, lo que, sumado a la calificación jurídica de la conducta, permite a la defensa evaluar desde este momento la procedencia o no de una medida de aseguramiento y prepararse para ejercer la contradicción sobre los mismos.¹⁶

- ii) *Indicación de la persona, el delito y los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida:* la individualización de la persona y el delito como lo exige el artículo 306 resulta en cierta medida superflua cuando las audiencias tienen lugar de forma concentrada –como es lo usual-, porque si el ciudadano ya ha sido imputado previamente, su individualización, así como el delito que se le imputa, habrán quedado suficientemente claros en la audiencia referida. No sucede lo mismo frente a la indicación de los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida, toda vez que, como se mencionó antes, la formulación de imputación no supone un descubrimiento probatorio, lo cual si tiene lugar en sede de imposición de medida de aseguramiento.

De acuerdo entonces con este requisito la Fiscalía deberá descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, a partir de los cuales sustenta su solicitud de medida de aseguramiento, si bien el artículo no lo establece así, es necesario propugnar porque la Fiscalía no solo descubra estos elementos, sino todos aquellos que se encuentren en su poder, y que eventualmente pueden ser de utilidad para el ejercicio del derecho de defensa.

- iii) *Defensa y contradicción de los elementos de conocimiento:* el legislador ha previsto la posibilidad de que la defensa controvierta los elementos probatorios y la información legalmente obtenida, sin embargo queda como una facultad del defensor realizar o no un ejercicio activo de debate y contradicción, lo que no deja de causar cierto desasosiego, en la medida en que lo deseable sería que siempre se ejerzan actos materiales de defensa, puesto que no es posible imaginar una actuación de la Fiscalía tan impecable que deje a un atento y preparado defensor sin palabras.

¹⁶ Sobre esto véase González, J. (2019). *El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho a partir de la dogmática procesal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

- iv) *Intervención de las partes y presencia del defensor:* el Juez debe garantizar que las diferentes partes e intervinientes tengan la posibilidad de participar en la audiencia, siendo requisito de validez la presencia del defensor.

Además de lo anterior, el artículo 308 del CPP dispone que la medida de aseguramiento podrá ser decretada por el Juez de Control de Garantías, siempre y cuando se cumplan dos requisitos adicionales, el primero, que de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, exigencia que será desarrollada en un apartado independiente; el segundo, que la medida sea necesaria para evitar que el imputado obstruya la administración de justicia, que éste constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia. Si bien no es posible desarrollar cada una de estas causales, es importante cuando menos, explicar en qué consisten, y por qué todas tienen ciertos reparos constitucionales, aun cuando la Corte Constitucional las ha declarado exequibles.

- v) *Obstrucción de la justicia:* en el artículo 309¹⁷ de la Ley 906 de 2004 el legislador ha explicado que el Juez puede entender que el imputado será un obstáculo para la administración de justicia, siempre y cuando la Fiscalía demuestre la existencia de motivos graves y fundados para concluir que aquel alterará medios de prueba, coaccionará a coautores, partícipes o terceros, u obstaculizará la labor de funcionarios encargados de la investigación. Son muchas las críticas que se esgrimen contra esta justificación, en Colombia Ospina López (2015) explica que “este es un fin de carácter y naturaleza eficientista que permite restringir derechos para asegurar la labor del ente de investigación. Es una garantía para que la Fiscalía General de la Nación asegure su trabajo investigativo sin la injerencia, ni siquiera presencia, del afectado por el ius puniendi, lo que desvirtúa el postulado procesal de la igualdad de armas (...)” (p.57). Así las cosas, no solo no es suficiente la

¹⁷ “**ARTÍCULO 309. OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA.** Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá 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.”

desigualdad estructural que existe entre el Estado - representado por la Fiscalía y el sinnúmero de instituciones que le auxilian en los procesos de investigación- y el ciudadano, sino que además se le quiere privar de su libertad, anulando entonces sus posibilidades de participar activamente en la edificación de su defensa.

- vi) *Peligro para la sociedad o la víctima*: en los artículos 310¹⁸ y 311¹⁹ del CPP se regulan estas dos causales, ambas se fundan en un juicio acerca del comportamiento que tendrá el imputado en un futuro y este juicio a su vez se sustenta en una presunción de peligrosidad, desfigurando por completo las finalidades procesales asignadas a esta institución, y reemplazándolas por aquellas propias de la pena. Como explica Ferrajoli (2011) la perversión más grave de la detención preventiva “ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a “estrictas necesidades” sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”²⁰ (p.553).

La Corte Constitucional, en un acto de connivencia con el legislador, ha pretendido defender lo indefendible y, a través de una retórica sofista, ha legitimado este criterio. Es que, según el Alto Tribunal, la expresión “*Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima*” utilizada en el artículo 308 antes citado, responde solo a un desafortunado uso del lenguaje, por lo que:

(...) el discurso del peligrosismo penal no tiene que ver con la causal que se analiza, fundada en criterios objetivos, como justificación para imponer

¹⁸ “**ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.** Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

¹⁹ “**ARTÍCULO 311. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA.** Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.”

²⁰ Esta perversión planteada por Ferrajoli es explicada también por Maier (2015) quien advierte que “De un derecho penal direccionado hacia atrás, hacia la historia, básicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real cuando estamos en presencia de un comportamiento dañino, se ha pasado a un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros, meramente eventuales.” (p.388).

una medida de aseguramiento. Los numerales atacados constituyen un conjunto de circunstancias, todas de hecho, que permiten inferir al juez cuándo es necesario limitar la libertad del imputado en aras de proteger los miembros de la comunidad. Tales circunstancias se refieren o están relacionadas, no con el imputado en cuanto autor, con su carácter peligroso, sino con sus actos, como elementos de juicio para inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva. (Sentencia C-469 de 2016).

Si bien es cierto que el artículo 310 del CPP establece circunstancias de hecho para analizar el peligro que representa el imputado, todas tienen serios inconvenientes de constitucionalidad que la Corte pasa por alto, estos si bien no pueden ser desarrollados en extenso, si merecen por lo menos ser mencionados, por ejemplo, los numerales 3 y 4, atienden al pasado con la finalidad de prever el comportamiento futuro del imputado, lo que a todas luces enmascara un juicio acerca de la personalidad de éste, contraviniendo el principio del acto, puesto que el análisis hecho por el legislador es: quien ha cometido un delito con anterioridad es proclive a continuar cometiéndolos, por lo tanto, debe privársele de su libertad.

Los numerales restantes parten justamente de aquello que será objeto de discusión en el proceso penal, como son los delitos imputados y su naturaleza, el uso de armas blancas o de fuego en la comisión de los mismos y la pertenencia a grupos ilegales del investigado. Lo paradójico es que, de todo esto, se presume inocente al imputado, por lo que no tiene justificación alguna que pueda ser tomado por la Fiscalía o por el Juez como base del juicio acerca del peligro para la comunidad que éste representa.

Londoño Berrío (2003) expresó sobre esta causal que “Constituye un contrasentido afirmar la necesidad de "impedir continuación de la actividad delictual", de quien se presume inocente, de quien no se puede afirmar responsabilidad alguna. Respecto del hecho imputado. Por lo tanto, es perentorio concluir que un argumento como éste respecto del sindicado, supone no sólo la afirmación de su responsabilidad plena respecto del hecho imputado, sino también, y tan grave como lo anterior, un juicio de "peligrosidad" que no es más que una sospecha de una potencial

reincidencia. Una legitimación de la DP sobre estos presupuestos, es antagónica a los principios que disciplinan el proceso en un Estado que tome en serio el paradigma de Constitucional de Derecho.” (p.202).

- vii) *No comparecencia o peligro de fuga*: el artículo 312²¹ del CPP regula esta causal, de acuerdo con la cual, procederá la detención preventiva cuando resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia. Lo primero que llama la atención en este caso, es el interés del legislador porque el imputado esté presente durante el proceso, pretensión que, como bien lo han explicado diferentes autores²², no se justifica en el proceso penal colombiano, que puede ser adelantado incluso aun sin tener conocimiento alguno de la ubicación del procesado. Si suponemos, que lo que interesa al legislador es que el imputado esté presente y así ejerza efectivamente su derecho a la defensa y contradicción, objetivo laudable, bastaría entonces con la designación de un abogado defensor que llevara a cabo tales actos, por lo que aún en este escenario continúa siendo injustificada tal medida.

Otro de los puntos de crítica que ha identificado la doctrina sobre esta causal, es que termina por ser una profecía que se autocumple, como ha explicado Ferrajoli (2011)

²¹ **“ARTÍCULO 312. NO COMPARECENCIA.** Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.”

²² Al respecto explica Ospina López (2015) “Este requisito resulta propio de legislaciones como la española o la francesa, en las cuales la presencia del acusado es requisito indispensable para adelantar el juicio, sin posibilidad siquiera de renunciar a su comparecencia, ya que la fuga del imputado trunca la realización de la etapa del juicio, con la consecuencia de tener que suspender esas actuaciones, a riesgo de prescripción de la acción penal, hasta que el sujeto se encuentre disponible. Sin embargo, no resulta necesario asegurar ese fin constitucional cuando una legislación, como la colombiana, permite adelantar causas completas con persona ausente o reticente a presentarse al proceso o cuando el afectado por el ejercicio del ius puniendi puede renunciar a su derecho a estar presente en el mismo.” (p.58). E incluso aún en aquellas legislaciones que exigen la presencia del imputado, se alzan voces en contra de tal medida, entre estas Julio Maier (2015) “Por ello creo que la única manera de ser medianamente consecuente con la afirmación de inocencia y la nulla coactio hasta la condena firme, es, para mal o para bien, tolerar el procedimiento penal en rebeldía o en ausencia del imputado (...) En efecto, si no necesito al sospechoso para someterlo a juicio y condenarlo, puedo prescindir también, aun con problemas, de ejercer sobre él la fuerza estatal, en forma de privación de libertad, para lograr su presencia en el procedimiento judicial.” (p.380).

el miedo a la prisión, aun siendo esta provisional, es la principal razón por la que una persona no comparece al proceso penal, en sus palabras “El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse.” (p.558). Temor que en Colombia se exagera todavía más, en la medida en que la detención preventiva no es la excepción sino la regla general, por lo que las probabilidades de hacerse acreedor a la misma son altísimas.²³

En ese sentido entonces, si es justamente la amenaza de la prisión la que induce al imputado a ausentarse del proceso, la abolición de esta medida ocasionaría un menor riesgo de fuga en los procesados. “En definitiva, el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas.” (Ferrajoli, 2011, p.559).

En lo que respecta al no cumplimiento de la sentencia, es cierto que el juez de control de garantías debe vincular los medios de conocimiento que en esta audiencia aporta la Fiscalía con la posible responsabilidad penal del imputado, de lo contrario no podría afirmarse adecuadamente una inferencia razonable de autoría, como se explicará adelante, sin embargo, este solo hecho no constituye un indicador de la posible contumacia del procesado ante la eventual condena, plantear lo contrario supondría partir de una presunción de mala fe en contra del ciudadano, y quebrantar por completo la presunción de inocencia que le asiste²⁴.

Como se explica en la intervención de la Universidad Sergio Arboleda, reseñada por la Corte Constitucional en la sentencia que se ocupa de analizar la exequibilidad de la expresión “*no cumplirá la sentencia*” contenida en el artículo 308, el juez de control de garantías, “en el ámbito de la imposición de una medida de

²³ De acuerdo con el Decreto 546 del 14 de abril de 2020, mediante el cual se declara la emergencia carcelaria en el país por cuenta del Covid-19, a la fecha se tenían un total de 80,763 cupos en los centros penitenciarios y carcelarios del país, para un total de 120.667 personas privadas de la libertad, de estas, según las estadísticas del propio INPEC (<https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>) 34,354 personas eran sindicadas, esto es, personas cobijadas con detención preventiva.

²⁴ “De este modo, los fines represivos o preventivos - y a sean con carácter general, o especial- que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena” (Fernández, 2004, p.219)

aseguramiento, está imposibilitado –desde el punto de vista probatorio y funcional- para emitir una valoración – cuyo pronóstico será necesariamente condenatorio- acerca de la sentencia que se le impondrá al imputado y su posible incumplimiento”; desconociendo la presunción de inocencia al presumir la responsabilidad del imputado, quien no ha sido “vencido en juicio”, que será condenado y no cumplirá el fallo”, no obstante el Alto Tribunal, amparado en un argumento sumamente criticable, concluyó que “tal censura no está llamada a prosperar, pues la medida de aseguramiento, al devenir indispensable, compensa el detrimento contra la presunción de inocencia y no riñe con la presunción de inocencia y otros derechos, siempre que esté rigurosamente motivada y sea inexorable prevención, ajena a cualquier carácter legal sancionatorio.” (Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2013).

Resulta ilógico sostener, como lo pretende la Corte, que si la medida de aseguramiento es indispensable y se encuentra rigurosamente motivada, entonces no riñe ni con la presunción de inocencia ni con otros derechos, cuando lo cierto es, que justamente las medidas de aseguramiento se imponen solo cuando son estrictamente necesarias porque, quiérase o no, afectan la presunción de inocencia.

En conclusión, todos los fines de la medida de aseguramiento afectan derechos y principios constitucionales, no obstante la Corte los ha declarado exequibles, eso sí, reiterando en todo momento el carácter excepcional y cautelar de la medida de aseguramiento, buscando con esto reducir el número de personas que ven restringidos sus derechos.

Hasta aquí se ha procurado contextualizar la regulación que de las medidas de aseguramiento hace la Ley 906 de 2004, a continuación se abordará el concepto de *inferencia razonable de autoría*. Es necesario dividir su análisis en dos momentos, el primero, que se emprende a continuación, busca enmarcar el término dentro de la Ley 906 de 2004, procurando contextualizar su uso al interior de la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, el segundo, que tendrá lugar capítulos adelante, ofrece una interpretación de la noción de *inferencia razonable de autoría* como estándar de prueba necesario para el decreto de la detención preventiva.

3.3.Aproximación al concepto de inferencia razonable de autoría.

El término *inferencia razonable de autoría* se encuentra inicialmente expuesto en el artículo 287 de la ley 906 de 2004²⁵, en este se regulan las condiciones bajo las cuales el fiscal se encuentra autorizado a formular cargos a un ciudadano, para ello, le corresponde establecer si es posible inferir, de los elementos materiales probatorios, evidencia física y cualquier otra información obtenida constitucionalmente, alguna forma de autoría o de participación del ciudadano en un hecho delictivo. El segundo momento en el cual aparece en escena la inferencia razonable de autoría es en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, como requisito indispensable para que el juez pueda decretar una medida cautelar en contra del imputado²⁶.

A pesar de que la inferencia razonable de autoría es necesaria tanto para la imputación como para la imposición de una medida de aseguramiento²⁷, este término, como ya lo expuse, no ha sido desarrollado en profundidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, sin embargo, existen algunos pronunciamientos al respecto que resultan de interés para el análisis que se acomete. No obstante, antes de centrarme en ello, considero importante realizar una corta referencia a la audiencia de formulación de imputación y al papel que en esta desempeña el término objeto de estudio y su relación con la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

3.3.1. La inferencia razonable de autoría y su papel en la audiencia de formulación de imputación.

²⁵ “**ARTÍCULO 287. SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN.** El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”

²⁶ “**ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento 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, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos (...)”

²⁷ “Estas dos audiencias son Audiencias Preliminares; esa es la clasificación que de ellas hace la norma y su evacuación se realiza ante juez con función de control de garantías. Ahora bien, nótese como en estas audiencias importantísimas en el proceso penal por cuanto estamos hablando de la audiencia mediante la cual se vincula formalmente a la investigación penal al ciudadano como es la audiencia de imputación a partir de la cual se activa de manera efectiva su defensa y la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento en donde se busca limitar y afectar derechos fundamentales y libertades en cabeza del procesado, se exige un juicio lógico de inferencia, pero no cualquier tipo de inferencia sino que esta debe ser además “razonable” frente a la autoría o participación en un delito.” (Suárez, L. 2011, pp 131-314).

La audiencia de formulación de imputación es “por excelencia un acto de parte pues su función ontológica se agota en la comunicación que una parte (la fiscalía) hace a la otra parte (imputado), de una decisión de parte –adoptada luego de un análisis ponderado y riguroso, para el cual el fiscal cuenta con todo el tiempo necesario mientras no prescriba la acción penal-, la que consiste en adelantar en su contra de manera formal, un proceso penal.” (Zaray, 2017, p.262). Esta decisión de parte supone que una vez el fiscal ha valorado los elementos de prueba, la evidencia física y la información obtenida, concluye autónomamente que de estos se infiere razonablemente la posible autoría o participación del investigado en un hecho delictivo.

En principio esta es una valoración que realiza la fiscalía de forma independiente y que solo debe dar lugar a la solicitud de audiencia de formulación de imputación una vez que el fiscal se encuentra convencido de la inferencia razonable de autoría o participación, para ello entonces puede destinar el tiempo que considere necesario de cara a recaudar los elementos de juicio suficientes para sustentar su inferencia, ello claro está, sin que pueda sobrepasar el término de prescripción de la acción penal.

Una vez el fiscal ha recaudado los elementos de prueba requeridos podrá llevar a cabo la audiencia de formulación de cargos ante el Juez de Control de Garantías, la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, tiene tres funciones medulares que son “(i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria.”²⁸

De cara a lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia son acordes en exigir tres componentes mínimos que debe satisfacer el acto de imputación de cargos, estos son, i) el componente personal que consiste en individualizar la persona a quien se formulan cargos, ii) el componente fáctico, que radica en realizar una descripción de los hechos jurídicamente relevantes y que recaen sobre la persona antes individualizada y iii) el componente jurídico o la calificación jurídica de la conducta, que no es otra cosa que el acto de adecuación típica de los hechos antes descritos por el ente fiscal.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Providencia del cinco (5) de junio de dos mil diecinueve. SP2042-2019, Radicación n° 51007, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Es importante dejar claro, aunque de forma sucinta, lo que se entiende tanto por componente fáctico como por componente jurídico, sobre el primero ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

De vieja data esta Corporación ha dejado sentado que los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales:

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”. (...)

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales.²⁹

En relación con el componente jurídico o la calificación jurídica de la conducta es obligación de la Fiscalía “dar a conocer al imputado el tipo penal que se adecúa a su conducta. Se debe expresar tipicidad (objetiva y subjetiva, con indicación de los verbos rectores), la antijuridicidad (formal y material) y la culpabilidad como reproche. Se debe ofrecer una situación fáctica concreta.” (Zaray, 2017, p.274). En este orden de ideas, este acto “determina de forma provisional la situación jurídica del implicado respecto a los hechos investigados con la precisión típica de los cargos, para garantizar el derecho de defensa y dar cabida a un ejercicio reflexivo que permita contemplar su aceptación” (Zaray, 2017, p.275).

Hay que mencionar que es un deber metodológico de la Fiscalía, en la audiencia de formulación de imputación, separar los hechos jurídicamente relevantes de su calificación jurídica, ello permite que el proceso lógico inferencial para la determinación de la posible autoría o participación, pueda desarrollarse de forma silogística. Así las cosas, los hechos jurídicamente relevantes actúan como premisa menor, la calificación jurídica de la conducta tiene el papel de la premisa mayor y la inferencia razonable de autoría o participación ha de ser entonces la conclusión.

Ahora bien, este proceso inferencial, llevado a cabo en la audiencia de formulación de imputación tiene algunos problemas de distinto orden, en primer lugar, si bien debe estar sustentando en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, estos instrumentos de juicio no tienen por qué ser puestos en conocimiento de la defensa, es decir, no hay necesidad de un descubrimiento probatorio, lo que nos lleva al segundo problema, y es que el proceso inferencial está – en esta audiencia- vedado a la contradicción por parte de la defensa y al control de un tercero imparcial como el juez de control de garantías. Lo que en otras palabras quiere decir, que no existe un examen epistémico de ninguna clase sobre la conclusión de la inferencia razonable de autoría, más allá del que corresponde hacer al mismo fiscal.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Providencia del cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019). SP2042-2019, Radicación n° 51007, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Por los problemas anteriores, y teniendo en cuenta que de lo se trata aquí es de operar con el derecho positivo, se ha optado por estudiar el concepto de inferencia razonable de autoría desde la perspectiva de los requisitos necesarios para la imposición de una medida de aseguramiento, ello - como se explicó- por cuanto i) en este momento procesal es necesario poner en conocimiento de las partes los elementos de prueba con los que cuenta el fiscal y que sustentan la inferencia razonable de autoría o participación, ii) dichos elementos se encuentran sometidos a la contradicción tanto por la defensa como por el Ministerio Público, y excepcionalmente por la víctima iii) corresponde al juez ejercer un control material sobre la solicitud y realizar un proceso inferencial autónomo que le permita concluir si, bajo su criterio existen o no elementos de los que se infiera razonablemente la autoría o la participación del imputado y iv) finalmente el juez decidirá sobre la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

No puede perderse de vista que es en la audiencia de imputación donde el fiscal establece los elementos fácticos y jurídicos que le permiten concluir la inferencia razonable de autoría, sin embargo en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento el Juez realiza su propio proceso inferencial que puede coincidir o no con el realizado por la Fiscalía.

3.3.2. La inferencia razonable de autoría y su papel en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

La solicitud de medida de aseguramiento comparte, junto a la formulación de imputación, la necesidad de establecer una inferencia razonable de autoría, sin embargo, en esta ocasión la inferencia está en cabeza del juez, es él quien debe determinar si, de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información constitucionalmente obtenida, se puede inferir razonablemente la autoría o participación del imputado en la conducta típica.

De acuerdo con el artículo 306³⁰ de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe solicitar al juez la imposición de la medida de aseguramiento indicando, entre otros requisitos, los elementos de

³⁰ “**ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.** El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

conocimiento necesarios para sustentar la medida, sobre los cuales, además, se permitirá la controversia o contradicción por parte de la defensa y demás intervinientes. Una vez cumplido con lo anterior, el artículo 308³¹ de la citada ley obliga a realizar el juicio de inferencia razonable de autoría y participación como primer requerimiento para la imposición de la medida de aseguramiento.

Es importante advertir que para esta audiencia el fiscal ya ha realizado un recuento fáctico y una adecuación típica inicial, sin embargo, es solo hasta este momento en el cual la Fiscalía coloca a disposición del juez y de la defensa los elementos de juicio con los que cuenta, y de los cuales se ha inferido, como requisito para la imputación, la posible autoría o participación del procesado. Corresponde ahora al juez, una vez la defensa ha ejercido la contradicción sobre los medios de conocimiento presentados, evaluar si en efecto existe o no tal inferencia.

En relación con esto la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

(i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, **la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez;** (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición.”

³¹ **“ARTÍCULO 308. REQUISITOS.** El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento 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, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”

a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada³²

Obsérvese que en esta audiencia si bien se exige el mismo juicio de inferencia razonable de autoría o participación requerido para la imputación, los elementos epistémicos que ofrece la Fiscalía para sustentar dicho juicio son ahora objeto de valoración por terceros, lo cual permite realizar un control material y lógico sobre el mismo, a pesar de que ello no afecte el juicio de inferencia realizado en la imputación.

De acuerdo entonces con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, la inferencia razonable de autoría se constituye en un estándar de prueba necesario para la imposición de cualquier medida de aseguramiento. Sobre este punto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado

(...) así como al imponer la medida de aseguramiento, para revocarla el estándar probatorio legalmente establecido para tales efectos es el de la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serias, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.

Dicha intelección obtenida de los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia, le permiten al juez deducir, luego de una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis, en grado de probabilidad que el imputado i) es autor o participe del

³² Corte Suprema de Justicia, Providencia del cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019). SP2042-2019, Radicación n° 51007, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

delito y ii) no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia³³.

Sobre este mismo punto se ha explicado que:

El estándar probatorio de la inferencia razonable se concreta en el juicio lógico inductivo que debe realizar el operador jurídico, llámese fiscal o juez, a partir de los elementos materiales probatorios que reposen en la actuación y de los cuales se pueda extraer como conclusión que el sujeto que funge como indiciado, es el probable autor o partícipe del delito. Esta inferencia debe darse en grado de probabilidad y, debe estar libre de prejuicios de carácter personal o social; en esta etapa del proceso como en las subsiguientes se debe obrar conforme al principio de la presunción de inocencia, el cual va ligado de forma directa con el concepto de imparcialidad, que radica en la obligación que tienen de observar también lo favorable al procesado y reconocer si en un momento dado, la investigación adelantada arrojó a una conclusión diferente a la hipótesis inicial por existir duda frente a la hipótesis acusatoria. (Pérez, 2017, pp.18, 19).

Ahora bien, es claro tanto para la jurisprudencia como para la doctrina nacional que la inferencia razonable de autoría o participación funge como el estándar de prueba necesario para la medida de aseguramiento³⁴, sin embargo, no se ha explicado hasta ahora en qué consiste probar esta inferencia razonable, tarea que es justamente el objetivo del presente texto.

De cara a cumplir con lo anterior es conveniente realizar primero un análisis sobre el concepto de estándar de prueba en el derecho, a partir de lo cual podrá diseñarse una propuesta hermenéutica del término inferencia razonable de autoría o participación.

Sin embargo, antes de abordar el tema del estándar de prueba considero oportuno realizar una corta mención al principio de proporcionalidad, esto es importante porque a pesar de que no es un elemento necesario para el desarrollo del objetivo propuesto, facilita dejar en claro que el estándar de prueba es tan solo uno de los requisitos que debe satisfacer la fiscalía en esta

³³ Corte Suprema de Justicia, Providencia SP10944-2017, Radicación 47850, del 24 de julio de 2017. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

³⁴ Al respecto, Pérez, A. (2017), Ospina, G. (2015), Cruz, L. (2012).

audiencia, en otras palabras, que alcanzar dicho estándar no implica de ninguna manera la imposición inmediata de una medida de aseguramiento.

3.4 Excurso: detención preventiva y principio de proporcionalidad

Una de las herramientas de las cuales se vale la Corte Constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales del imputado frente a la aplicación de la detención preventiva es el principio de proporcionalidad, este instrumento de orden constitucional se afina no solo en la jurisprudencia de este Alto Tribunal, sino también en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, que en su párrafo segundo dispone que “Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.”

Desde antaño la Corte Constitucional ha explicado que existen casos difíciles en los que dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro, en estos escenarios corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.³⁵ A su vez, el concepto de proporcionalidad comprende tres subprincipios: 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 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. (Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996)

³⁵ Esto reflejaría una concepción conflictivista de los derechos, de acuerdo con la cual “se asume la existencia de dos objetos jurídicos diferentes: el primero es el derecho prima facie o no limitado (compuesto por todas las normas y posiciones pertenecientes al ámbito inicial de protección) y el segundo es la restricción de ese derecho, impuesta a su vez por otra norma, que sólo podrá limitar válidamente el contenido prima facie del derecho cuando se trata de una restricción justificada. (...) Es entonces en el marco de esta concepción de los derechos fundamentales donde encuentra acomodo el principio de proporcionalidad, que se inserta como una pieza clave dentro de la misma, al tratarse de la estructura de argumentación que se propone para articular este debate entre razones a favor y en contra de la restricción.” (Lopera, 2006, pp.137, 138).

En el campo de las medidas de aseguramiento, se ha entendido que la *idoneidad-eficiencia*, es la relación de efectividad que debe mediar entre el fin perseguido y la medida adoptada³⁶, la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y el objetivo que se busca con la medida misma, lo que en otras palabras quiere decir que, “*una medida no será idónea cuando su decreto entorpezca la consecución del fin o no permita alcanzarlo.*” (Ospina, 2015, p.79). Ahora bien, los objetivos constitucionalmente legítimos serían los mencionados anteriormente, esto es, evitar la obstrucción de la administración de justicia, evitar un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o asegurar la comparecencia del imputado al proceso o el cumplimiento de la sentencia.

El juicio de idoneidad no supone verificar que la medida bajo análisis satisfaga todos los fines que con ella se pretenden, será suficiente con evidenciar que la misma contribuye, aunque sea parcialmente, con la consecución del fin pretendido. Lo anterior, por cuanto exigir una satisfacción total de todos los objetivos, “llevaría a descartar una medida que, no obstante no ser la más idónea, a la postre podría resultar ser más benigna que otras intervenciones, posiblemente más idóneas para alcanzar el fin propuesto, pero así mismo más drásticas para el derecho fundamental afectado.” (Lopera y Arias, 2010, p.154)

Por su parte, el subprincipio de *necesidad*, busca que, en efecto, la medida adoptada sea la menos lesiva, es decir, que no exista ninguna otra forma o medida que permita conseguir el mismo objetivo con el mismo grado de idoneidad y que a su vez vulnere o restrinja en menor medida los derechos del procesado, porque de ser así la medida a adoptar no será necesaria. En el caso de la detención preventiva, supone un análisis escalonado del resto de medidas para comprobar su grado de eficacia en comparación con aquella, se trata de que el fiscal y el juez sustenten por qué las medidas no privativas de la libertad, previstas en la Ley 906 de 2004, no son eficientes en comparación con aquella.

En lo que respecta al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la doctrina ha explicado que en este caso “se trata de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades

³⁶ “Se entenderá que tal es el caso cuando pueda establecerse algún nexo de causalidad positiva entre dicha intervención y la creación de un estado de cosas en donde se incremente la realización de dichos fines. Por el contrario, la medida se reputará inidónea cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución o cuando su implementación, resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido, por no desplegar eficacia alguna para su consecución.” (Lopera y Arias, 2010, p.152).

de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia.” (Aponte, 2006, p.143). Lo que en otras palabras equivale a ponderar entre los beneficios que cabe esperar del decreto de la medida de aseguramiento, de cara a los fines que con la misma se pretenden, y la afectación de los derechos fundamentales que se verían afectados con la medida. Según explican Lopera y Arias (2010) “se trata de establecer si, en el caso concreto, el grado de satisfacción de los principios constitucionales que justifican la aplicación de la pena –en nuestro caso de la detención preventiva- logra compensar el grado de afectación de los principios constitucionales que suministran razones prima facie en contra de su imposición.” Las autoras citadas traen un juicio que si bien está pensado para el momento de la determinación judicial de la pena, sería trasladable sin mayores inconvenientes al ámbito de la imposición de la medida de aseguramiento, no obstante no es posible realizar un análisis sobre el mismo, por cuanto se aleja del objetivo propuesto en este trabajo.

4. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL DERECHO.

De cara a construir una propuesta hermenéutica del *estándar de prueba de inferencia razonable de autoría*, es indispensable aproximarse a la discusión que desde el derecho probatorio se cierne sobre el concepto mismo de estándar de prueba. Por lo que es obligatorio preguntarse: ¿Qué es un estándar de prueba? ¿Cuáles son los objetivos o las tareas que cumple un estándar de prueba? y finalmente ¿Cómo se construye?

4.1 ¿Estándar de prueba, suficiencia probatoria o sana crítica?

En primer lugar, es necesario aclarar si en el ordenamiento jurídico colombiano la noción de estándar de prueba - en adelante *EP*- es adecuada para designar el umbral necesario de respaldo probatorio de una afirmación, o mejor aún, de una hipótesis acusatoria. O si por el contrario conviene mejor hablar de *suficiencia probatoria* o de *reglas de valoración de la prueba*. Esto no es solo una cuestión de términos doctrinales, toda vez que se parte del hecho de que ni el Código General del Proceso, ni el Código de Procedimiento Penal colombianos, mencionan de forma expresa el término *EP*.

Para Abel (2016) la expresión *EP* es propia de los sistemas anglosajones, y no encuentra una correspondencia directa en los sistemas de origen romano germánico, como el colombiano. Además de las razones de tipo histórico que sustentan tal afirmación, la estructura de

enjuiciamiento de cada sistema es sustancialmente diferente, por ejemplo, mientras que en el sistema del *civil law* existen criterios de valoración de la prueba, en el sistema anglosajón se brindan instrucciones al jurado sobre la formación del juicio fáctico. Según este autor, como se dijo, en los sistemas continentales se cuenta con las reglas de valoración de la prueba, por su parte los sistemas del *common law* tienen los *EP*. En sus palabras:

Desde el punto de vista cronológico, las reglas de valoración de la prueba operan en orden a la “interpretación” y eficacia de los medios de prueba, mientras que el *standard of proof* alude probablemente a un momento después de aplicar las reglas de valoración de la prueba. Y desde el punto de vista ontológico, las reglas de valoración de la prueba atribuyen eficacia tasada o libre a un determinado medio de prueba, mientras que el *standard of proof* fija la regla mínima de suficiencia probatoria para lograr la convicción del juez de los hechos. (pp.44-45).

En este mismo sentido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que, a diferencia de la tradición anglosajona:

Nuestra tradición jurídica, muy distintamente, ha utilizado como baremos para obtener convicción los sistemas de la íntima convicción, la tarifa probatoria, y actualmente el más extendido y asimilado por nuestros códigos, el de la sana crítica o persuasión racional, que se construye con apoyo en las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia; aun cuando, últimamente, los derechos argentino y colombiano, adoptan para algunos eventos la carga dinámica de la prueba. Nuestro sistema de la sana crítica se funda en la libertad de medios y en la valoración cualitativa, mientras que el sistema de la probabilidad prevaleciente o de los estándares de probabilidad pretende un margen cuantitativo en los grados de convicción preguntándose ¿Cuánta prueba necesito, o cuál umbral probatorio es el suficiente para dar por establecido un hecho en el juicio?³⁷

Por otro lado, Aguilera (2018) y Viale de Gil (2014), sin renunciar al uso del término *EP*, prefieren hablar de suficiencia probatoria, para referirse a ese umbral necesario de respaldo o de corroboración de una afirmación. En contraste con lo mencionado, se encuentran en la

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Providencia SC9493-2014 del dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014). Sala de Casación Civil M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

doctrina nacional un importante número de autores que hacen uso de esta noción en sus productos académicos³⁸.

Para el escenario colombiano, y en especial frente a la Ley 906 de 2004, es apropiado adoptar el término *EP*, en primer lugar, porque las reglas de valoración probatoria y el *EP* no son incompatibles, como se concluye de la misma cita de Abel (2016), operan en momentos distintos³⁹, lo que permite hacer uso de ambos criterios. Como explica Nieva Fenoll (2010), la valoración probatoria es la “actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso” (p.34), ésta se descompone normalmente en varias etapas, entre las que se cuentan la valoración de cada prueba en particular, y del conjunto de pruebas en total. Y es justamente en estos momentos en los que las reglas de la sana crítica o la tesis de la libre valoración de la prueba juegan un papel determinante. De acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

El acto de apreciación probatoria se erige en la operación mental que tiene por fin conocer el mérito que pueda inferirse del contenido de la prueba. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración probatoria se parte de un estudio crítico individual y de conjunto de los elementos de juicio allegados válidamente al proceso, motivo por el cual el funcionario judicial debe examinar la credibilidad, fiabilidad o confianza que le merece la probanza y, posteriormente, examinarla en su conjunto.

Dicho de otra manera, en la apreciación de los medios de prueba solamente se deben estimar aquellos en cuyo proceso de aducción y producción se respetaron todos sus ritos, luego se debe verificar su pertinencia, conducencia y utilidad frente al convencimiento del funcionario judicial, para seguidamente proceder a realizar una reconstrucción histórica del acontecer fáctico en discusión, teniendo como únicos parámetros los

³⁸ Entre otros se encuentran: Bustamante, M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. *Opinión jurídica*, 9 (17), 71 – 91. Sandoval, J. Del Villar, D. (2013) Responsabilidad penal y detención preventiva. Editorial Universidad del Norte. Colombia. Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). El proceso penal. tomo i: fundamentos constitucionales y teoría general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

³⁹ “Por tanto, los criterios de valoración y el estándar de prueba tienen objetos y finalidades distintas: lo que valoramos con las reglas de valoración de la prueba es el razonamiento o inferencia probatoria para tratar de establecer su grado de confirmación o justificación. Por el contrario, el estándar de prueba no pretende valorar (de nuevo) la prueba: lo que valoramos con el estándar es el grado de justificación obtenido (esto es, el resultado del razonamiento previo), para responder a la cuestión de si es suficiente para tomar la decisión.” (González, D. s.f., p.9)

postulados que informan la sana crítica, formando de esa manera un todo sintético, coherente, lógico y concluyente.⁴⁰

Ahora bien, una vez el juez ha valorado tanto los medios de prueba de forma individual como en conjunto, le corresponde establecer el grado de corroboración que esta valoración como resultado ofrece, y es justamente en este punto en el que la noción de *EP* adquiere importancia, pues es precisamente la función del *EP* indicarle al juez si puede considerar como probada o no la hipótesis que pretende ser acreditada con los medios por él valorados.

Además de lo anterior, y de acuerdo con lo que se explicará en el siguiente apartado, es posible afirmar que la Ley 906 de 2004 en efecto establece diversos estándares de prueba, como lo es el de *motivos razonablemente fundados* para los actos de registro y allanamiento (Arts. 220, 221); la *inferencia razonable de autoría* para la formulación de la imputación y la solicitud de medida de aseguramiento, (Arts. 287, 308); la *probabilidad de verdad* para la formulación de acusación (Arts. 336, 536) y finalmente, el *conocimiento más allá de toda duda* para la condena (Arts. 7 y 381). Pues justamente son estos los criterios que el legislador ha establecido para que pueda aceptarse la hipótesis acusatoria, ya sea en sede de imputación o medida de aseguramiento, acusación o condena?

4.2.¿Qué es un estándar de prueba?

La definición del término estándar de prueba parece no suscitar mayores controversias al interior de la doctrina, entre las diferentes acepciones se encuentra la de Gascón (2005) según la cual los *EP* son “(...) los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe.” (p. 129) En sentido similar, aunque yendo mucho más lejos, Abel (2012) menciona que:

Se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos» y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada». El término estándar de prueba

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 22898 del 19 de octubre de 2006, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

debe relacionarse con el de la carga de la prueba, que en el sistema anglosajón, tiene una doble comprensión: por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden* o *legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido; y, por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante el tribunal de los hechos. (p.178).

De igual forma Laudan (2013) explica que “(...) un EdP especifica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada. La hipótesis en cuestión puede ser una de carácter científico (fumar produce cáncer de pulmón) o una de carácter jurídico (Smith mató a Jones)” (pp. 104, 105) Por otro lado, Trento, S. (2015), expone que “se habla, en la doctrina, de módulos de convicción o estándar de prueba para tratar de la cantidad de conocimiento necesario acerca de los hechos para autorizar una sentencia a favor de la persona que tenía la carga de la prueba” (p.168).

En relación con el tema, la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado acerca de lo que comúnmente se entiende por *EP*, en la sentencia de la Sala Civil que antes fuera citada⁴¹, se explica que:

Se conocen como estándares de probabilidad los parámetros, los umbrales de suficiencia o las herramientas que utiliza el juez, para dar por establecidos los hechos objeto de prueba en procura de encontrar la verdad a fin de construir la decisión judicial, de tal modo que le permitan estimar si las evidencias o las pruebas recaudadas son suficientes para obtener convicción.

De las diferentes definiciones citadas se entiende como *EP*, el umbral necesario para afirmar que una hipótesis ha sido probada, o, en otras palabras, que puede ser tenida como verdadera. Sin embargo, es importante aclarar que en el proceso penal, además del *EP* para condenar, existen otros *EP* que tienen lugar en las etapas iniciales e intermedias del proceso, y que pueden verse satisfechos o alcanzados sin que necesariamente la hipótesis planteada sea verdadera. Entre ellos se cuentan la *inferencia razonable de autoría* para la formulación de la imputación

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona SC9493-2014 Radicación: 11001-31-03-020-2006-00122-01. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014).

y la solicitud de medida de aseguramiento, (Arts. 287, 308 CPP) y la *probabilidad de verdad* para la formulación de acusación (Arts. 336, 536 CPP). Por lo que de su cumplimiento no podrá predicarse verdad o falsedad, sino tan solo si ha sido o no satisfecho por los elementos de prueba existentes.

Ahora bien, antes de discutir cuál es la función que desde la doctrina dominante se asigna al *EP*, considero importante hacer referencia a la *probable cause* y al *relevance test* estadounidenses por varias razones, primero porque los *EP* establecidos en la Ley 906 de 2004 parecen ser una adopción de los *EP* propios del sistema procesal de dicho país, esto resulta evidente a partir del siguiente cuadro comparativo.

Estándares de prueba en el proceso penal estadounidense. <i>(Federal Rules of Criminal Procedure – Rule 4-⁴² and Federal Rules of Evidence –Rule 401-⁴³)</i>		Estándares de prueba en el proceso penal colombiano. (Ley 906 de 2004)	
Sospecha razonable o causa probable ⁴⁴ . <i>(Reasonable suspicion or Probable Cause)</i>	Estándar necesario para realizar labores de registro	Motivos fundados. (Arts. 83, 91, 101, 235 ...)	Estándar necesario para medidas cautelares,

⁴² “**Rule 4. Arrest Warrant or Summons on a Complaint**

(a) **Issuance.** If the complaint or one or more affidavits filed with the complaint establish probable cause to believe that an offense has been committed and that the defendant committed it, the judge must issue an arrest warrant to an officer authorized to execute it. At the request of an attorney for the government, the judge must issue a summons, instead of a warrant, to a person authorized to serve it. A judge may issue more than one warrant or summons on the same complaint. If an individual defendant fails to appear in response to a summons, a judge may, and upon request of an attorney for the government must, issue a warrant. If an organizational defendant fails to appear in response to a summons, a judge may take any action authorized by United States law. (...)”

⁴³ “**Rule 401 – Test for Relevant Evidence**

Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and
 (b) the fact is of consequence in determining the action.”

⁴⁴ Cómo se explicará en el siguiente apartado, en el ordenamiento procesal penal estadounidense es frecuente hacer uso del término *causa probable* para referirse indistintamente a supuestos de hecho que son en esencia diferentes, de ahí entonces que este término aparezca referenciado en tres oportunidades.

	corporal, automotor, y alguna toma de muestras biológicas. (Hall, 2012, p.476)		actos de registros, allanamiento, entre otros.
Causa probable ⁴⁴ . (<i>Probable Cause</i>)	Estándar necesario para la detención ciudadana bien sea con o sin orden judicial. (Hall, 2012, p.476)	Inferencia razonable de autoría. (Arts. 287, 308)	Estándar necesario para la formulación de imputación, y la medida de aseguramiento.
Causa probable ⁴⁴ o Evidencia clara y convincente. (<i>Probable Cause or Clear & convincing evidence</i>)	Estándar necesario para que el Fiscal pueda presentar el <i>indictment or information</i> . (Del Carmen, R, 2010, p.83)	Probabilidad de verdad. (Arts. 336, 536)	Estándar necesario para la formulación de acusación.
Más allá de toda duda razonable. (<i>Beyond a reasonable doubt</i>)	Estándar necesario para la sentencia condenatoria. (Del Carmen, R, 2010, p.83)	Conocimiento más allá de toda duda. (Arts. 7 y 381)	Estándar necesario para la sentencia condenatoria.

En segundo lugar, porque como demuestran Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett (2013) la configuración que el constituyente colombiano realizó en el Acto Legislativo 03 del 2002, y que luego se plasmó en la Ley 906 de 2004, supone en cierta medida la introducción de “(...)

la idea de la causa probable, el principio acusatorio y la audiencia con contradicción, concentración e inmediación de la prueba.” (p.294). Nociones propias del derecho estadounidense. En tercer lugar, porque la *probable cause* es el estándar exigido en el ordenamiento jurídico de ese país para justificar un arresto o detención, así como para sustentar los cargos en contra del acusado y llevarlo a juicio, por lo que su estudio puede arrojar resultados de interés para el análisis del *estándar de inferencia razonable de autoría*, por último, el análisis de esta figura permitirá más adelante, extraer conclusiones en torno a cómo integrar las garantías de la carga de la prueba, del principio acusatorio y del derecho de defensa, con el EP necesario para la imposición de una medida de aseguramiento.

4.2.1. Probable Cause y Test for Relevant Evidence.

El término causa probable adquiere su carta de naturaleza en el derecho estadounidense a partir de la cuarta enmienda constitucional⁴⁵, en ella se establece que la persona y su domicilio son inviolables a menos que exista una *causa probable* que justifique la intromisión del Estado. Ahora bien, en el proceso penal estadounidense se hace referencia a la causa probable por lo menos en tres momentos claramente diferenciables, el primero, en lo que tiene que ver con el trabajo o actividad policiva; el segundo, en la *preliminary hearing* o audiencia preliminar y el tercero, en lo que respecta al *indictment* o *information*, asimilable a grandes rasgos con la acusación de nuestro sistema procesal penal.

En primer lugar, es necesaria la existencia de causa probable en lo que se conoce como el trabajo de policía, es decir, un oficial de policía necesitará establecer la existencia de causa probable antes de realizar un registro corporal, un registro vehicular o proceder con el arresto de una persona. Sobre esta perspectiva Samaha (2012) explica que:

Probable cause to arrest requires that an officer, in the light of her training and experience, knows enough facts and circumstances to reasonably believe that:

⁴⁵ “El derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las Órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o Declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo.”

1. A crime has been, is being, or is about to be committed, and
 2. The person arrested has committed, is committing, or is about to commit the crime.
- (p.142)

Al respecto señala Rolando V. del Carmen. (2010) que:

Probable cause has been defined by the Supreme Court as more than bare suspicion; it exists when “the facts and circumstances within the officers’ knowledge and of which they had reasonably trustworthy information are sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that an offense has been or is being committed. (p.67).

Desde este punto de vista entonces, la causa probable es el estándar necesario para establecer si el arresto adelantado por un oficial de policía se encuentra constitucionalmente justificado o no. Para ello la Suprema Corte explica que es menester atender al criterio de un oficial razonablemente prudente, como cita Rolando V. del Carmen. (2010), este Alto Tribunal en el caso *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (2003), afirmó que:

To determine whether an officer had probable cause to arrest an individual, we examine the events leading up to the arrest, and then decide ‘whether these historical facts, viewed from the standpoint of an objectively reasonable police officer amount to’ probable cause (p.68).

En esta etapa del proceso penal estadounidense la causa probable actúa como un estándar justificatorio de la detención policiva, es, como se observa de las citas expuestas, un criterio – inter- subjetivo⁴⁶, toda vez que parte de la creencia o confianza del oficial de policía de que un crimen ha sido, está siendo o será cometido, y que la persona a arrestar es quien lo ha cometido o quien se proponía cometerlo. Desde luego que esta creencia debe estar respaldada en hechos

⁴⁶ Del Carmen, R. (2010) “The Court measures probable cause by the test of reasonableness, a necessarily subjective standard that falls between mere suspicion and certainty. Facts and circumstances leading to an arrest or seizure must be sufficient to persuade a reasonable person that an illegal act has been or is being committed. Always, the test involves the consideration of a particular suspicion and a specific set of facts.” (p.67) Kinports, K. (2010) “the Court used more subjective language in summarizing its opinion as “merely hold[ing]” that a frisk is permissible if “a police officer observes unusual conduct which leads him reasonably to conclude in light of his experience that criminal activity may be afoot and that the persons with whom he is dealing may be armed and presently dangerous” (p.771).

o circunstancias objetivas, sin embargo, la misma se establece desde el punto de vista de un oficial razonablemente prudente.

Un segundo uso del término causa probable tiene lugar en la *preliminary hearing* -audiencia preliminar- o en el *indictment* –acusación-. Estas dos figuras cumplen, en principio, el mismo propósito, que es el de evaluar la “fuerza” del caso, a través del establecimiento de la existencia de causa probable.

La regulación de estas figuras en el proceso penal estadounidense es imposible de explicar aquí, puesto que en materia estatal cada estado decide qué clase de casos necesitan de una *preliminary hearing* y qué casos necesitan un *indictment*. Igual sucede en materia federal, donde en muchos casos la *preliminary hearing* es opcional para la Fiscalía, siendo suficiente el *indictment*.⁴⁷ No obstante, como se mencionó antes el propósito de estas figuras es el mismo, como se explica a continuación.

En el caso de la *preliminary hearing*, de lo que se trata es de evidenciar ante un juez si existen méritos suficientes para ir a juicio⁴⁸, como señala Montemayor (2014):

The preliminary hearing is considered a type of pretrial procedural device, and it is during this process that charges against the accuse are formally read openly in court. At the same time, a determination is made regarding whether probable cause exists in support of the charges against the accused. If the government fails to establish probable cause, charges are dismissed. If the court finds there is probable cause and sufficient evidence in support of the charges, the accused will the proceed to trial (p.733).

⁴⁷ Esta alternativas son explicadas por Kamisar *et al.*, (2019) en el siguiente sentido “Independent screening: state law alternatives. Although not required to do so by the federal constitution, all but a handful of states provide a defense right to evidentiary review of the prosecution’s case, by either a magistrate at a preliminary hearing or a grand jury in considering an indictment, for all felony charges (and in a few states, for more serious misdemeanors that are triable in the trial court of general jurisdiction). These states require for a felony prosecutions (absent a defense waiver) either an indictment issued by grand jury or a prosecutor’s information supported by a preliminary hearing finding of sufficient evidence (a magistrate’s “bindover).” (p.919)

⁴⁸ Hall, D. (2012) “The purpose of the preliminary hearing is to have an impartial third party review the facts to be sure that probable cause exists. There is no constitutional requirement for a preliminary hearing. However, many states do provide for preliminary hearings. It is common to permit prosecutors to bypass the preliminary hearing either by submitting the case to a grand jury or by directly filing an information. Defendants often waive the preliminary hearing. In some states, prosecutors may demand a preliminary hearing over the objection of the defendant.” (p.491).

En esta audiencia preliminar la causa probable funge como el sustento fáctico necesario para justificar los cargos en contra del acusado, se busca salvaguardar sus derechos, impedir cualquier clase de acoso o exceso estatal, evitarle al ciudadano gastos innecesarios así como de proteger su derecho a la honra y al buen nombre. De tal suerte que si no se establece la existencia de una causa probable los cargos tienen que ser rechazados.

La *preliminary hearing* es usualmente el momento en el cual la defensa se entera de forma anticipada y parcial, de la evidencia que el ente acusador tiene en contra del procesado; además se le permite ejercer el derecho de contradicción sobre la evidencia presentada, así como aportar aquellos elementos de prueba que tenga a su disposición con el fin de determinar la causa probable existente en contra del acusado. Así las cosas, son dos los fines principales de esta instancia procesal, primero, determinar la existencia de causa probable, y segundo, descubrir, aunque de forma parcial y preliminar, la evidencia que las partes tienen en su poder.

Por otro lado, se tiene el *indictment*, si bien es cierto que para esta etapa en muchos de los estados estadounidenses el procesado ya ha pasado en muchos casos por la *preliminary hearing*, formalmente, la acusación – *the prosecution* – solo comienza a partir de la presentación del *indictment*.

An indictment is a written accusation of a crime filed by the grand jury and signed by the grand jury foreperson, whereas an information is a criminal charge filed by the prosecutor without the intervention of a jury⁴⁹ (Del Carmen, 2010, p.41).

En estricto sentido el *indictment* es un acto acusatorio presentado por un *Grand Jury*, cuando se está en presencia de un delito de gran gravedad, como aquellos que se encuentran castigados con pena capital o con prisión perpetua. En este caso un jurado - *Grand Jury*- determina en audiencia si existe causa probable para creer que el procesado cometió el presunto delito. Esta

⁴⁹ Si bien para el objetivo de este apartado no es necesario entrar a diferenciar a fondo las figuras del *indictment* e *information* entre sí, resulta instructivo mencionar que: “ (...) a **bill of indictment**, defined as a written accusation of a crime, is submitted to the grand jury by the prosecutor. Hearings are then held before the grand jury, and the prosecutor presents evidence to prove the accusation. Traditionally, the hearings are secret, because the charges may not be proved, and hence it would be unfair to allow their publication. For the same reason, unauthorized persons are excluded, and disclosure of the proceedings is generally prohibited. (Del Carmen, R, 2010, p.42). An **information** is a written accusation of a crime prepared by the prosecuting attorney in the name of the state. The information is not presented to a grand jury. (...) The information filed by the prosecutor must reasonably inform the accused of the charges against him or her, giving the accused an opportunity to prepare and present a defense.” (Del Carmen, 2010, p.43).

es una audiencia privada en la que ni siquiera el acusado tiene derecho a asistir, y en la cual el fiscal sustenta su acusación ante el jurado. Es un acto complejo, puesto que el jurado tiene la capacidad de ordenar la comparecencia de testigos, solicitar documentos, e incluso ofrecer inmunidades, todo ello de cara a determinar la existencia de causa probable, situación que desde luego no está exenta de críticas.⁵⁰

En los casos de delitos u ofensas menores no es necesario acudir ante un jurado para verificar la existencia de causa probable, es posible presentar los cargos o la acusación mediante lo que se conoce como *information*, en estos supuestos es el fiscal quien tiene el deber de realizar un análisis objetivo de la evidencia en su poder y determinar si la misma es suficiente para ir a juicio (Hall, D. 2012, p.500). Sin embargo, la mayoría de los Estados prevén un *preliminary examination*, ante un juez con el fin de que sea éste quien establezca la existencia de causa probable. (Del Carmen, 2010, p.43).

En esta etapa la pregunta por la causa probable es la misma que tiene lugar en la *preliminary hearing*⁵¹, de lo que se trata es de establecer si de los hechos presentados por la fiscalía y la evidencia que los respalda se concluye que, probablemente, el procesado ha cometido el delito del que se le acusa. En la práctica judicial estadounidense el nivel de respaldo probatorio necesario para afirmar la existencia de causa probable en la *preliminary hearing* es prácticamente igual al necesario para justificar un *indictment o information*.

De lo anterior se identifican entonces dos usos del término causa probable, el primero como el estándar necesario para justificar el arresto o detención de una persona, bien sea con o sin orden judicial; y el segundo como el grado de evidencia requerida para justificar los cargos en

⁵⁰ Entre las principales críticas Hall (2012) expone “As a general proposition, prosecutors control grand juries. For the most part, grand juries convene only when called by the prosecutor. The prosecutor decides what witnesses need to be called and who should be given immunity. Nearly all people targeted (the person the prosecutor believes guilty) by prosecutors are indicted. Many criticize the grand jury system for this reason: The government has too much control over the grand juries.” (p. 493).

⁵¹ Si bien algunos autores señalan que el objetivo de la *preliminary hearing* y del *indictment o information* es el mismo, -“The primary objective of grand jury review is the same as that of the *preliminary hearing*: to determine whether there is probable cause to believe that a target of the investigation committed the alleged crime. The grand jury, therefore, was intended to protect individuals from unwarranted prosecutions. Because the grand jury proceedings are closed, individuals investigated but not charged are not subjected to the public humiliation and damage to reputation that often results from a more public investigation.” (Hall, D. 2012, p.493).- lo cierto es que en muchos Estados siguen existiendo ambas audiencias, puesto que existen diferencias procesales que son de gran trascendencia, por ejemplo, mientras que en la *preliminary hearing* hay lugar a la intervención del procesado y su defensa, a quienes se les permite aportar y practicar pruebas, así como contradecir las aportadas por la Fiscalía, en el *indictment o information* no hay lugar a ello, es ésta una audiencia cerrada en la que no tiene papel alguno la defensa, y por lo tanto no está sujeta a debate y contradicción.

contra del acusado – *preliminary hearing*- y llevarlo a juicio - *indictment o information*-. Como explica Samaha, J. (2012):

Probable cause to detain a suspect is decided at a court proceeding called the first appearance (sometimes the “probable cause hearing”). Probable cause to go to trial is decided in preliminary hearings or grand jury proceedings. Probable cause to detain requires fewer facts than probable cause to go to trial. (p.395).

En relación con el primero de los usos, se expuso en párrafos anteriores que el mismo supone un estándar de naturaleza –inter- subjetiva respaldado por hechos y circunstancias de carácter objetivo.

As the Supreme Court has expressed, probable cause is present when the trustworthy facts within the officer’s knowledge are sufficient in themselves to justify a “person of reasonable caution” in the belief that seizable property would be found or that the person to be arrested committed the crime in question. (Hall, 2012, p.371).

Por otro lado, la causa probable necesaria para ir a juicio se torna mucho más exigente en cuanto al nivel de respaldo probatorio necesario para afirmar su existencia, sobre esta acepción del término explica Del Carmen, R. (2010) “Probable cause exists when it is more likely than not (more than 50 percent certainty) that the suspect committed an offense (...).” (p.68). En este punto el estándar se confunde con el de la evidencia preponderante, propio de los procesos civiles, exigiendo decantarse por la hipótesis que resulte más probable según las pruebas aportadas.

Ahora bien, la causa probable no puede estudiarse de forma aislada a la normativa que rige la práctica probatoria estadounidense, por el contrario, este estándar solo puede comprenderse a la luz de las *Federal Rules of Evidence* (FRE), y especialmente en lo que tiene que ver con el *Test for Relevant Evidence*, contenido en la regla 401 de las FRE, donde se dispone que:

Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action

De acuerdo con esta regla, una evidencia es relevante si tiende a hacer más o menos probable un hecho o asunto en disputa, de lo que se trata, es de filtrar aquellos elementos de prueba que son útiles de aquello que no, evitando con esto que el jurado se vea inmerso en un cúmulo de pruebas irrelevantes. Para el caso del proceso penal son hechos disputados todos aquellos necesarios para establecer los elementos del delito que se ha imputado al procesado, son también hechos bajo controversia los necesarios para su defensa. Jones, D. y Simmons, R. (2008) explican que:

The phrase "more probable or less probable" indicates that an individual piece of evidence can be relevant even if it does not conclusively establish any fact on its own. As many commentators have noted, pieces of evidence are like bricks. Together the bricks make up a wall, but each individual brick may contribute just a fraction of the wall's strength. (p.57).

De ahí entonces que lo primero es determinar que el hecho que se quiere probar con la evidencia sea relevante desde el punto de vista de la acusación o de la defensa, ello se hará, normalmente, acudiendo a la teoría del caso de cada una de las partes, puesto que si bien existen hechos que *prima facie* son relevantes, existen otros que solo adquieren sentido a partir de una hipótesis que los integra y justifica⁵². Una vez hecho esto es posible evaluar si la evidencia es relevante o no, lo cual se hará -como ya se dijo- estableciendo si la misma hace más o menos probable uno de los hechos integrantes de la teoría del caso.

Esta breve explicación de la causa probable permite aproximarse al tratamiento que este *EP* recibe en el ordenamiento estadounidense, de donde se concluye que el *EP* por sí solo no es suficiente, necesita además ser vinculado con una teoría normativa, lo que en dicho caso se logra a través del *Test for Relevant Evidence*⁵³.

4.3. ¿Qué función cumple un estándar de prueba?

⁵² "(...) relevance depends upon the legal theory underlying a case. Under one theory, evidence is relevant; under another theory, it may be irrelevant. Rulings on relevance vary from case to case; they depend upon the legal principles governing the case, the disputed facts, and the lawyer's ability to articulate a persuasive connection between the two." (Jones, D. y Simmons, R. 2008, p.60).

⁵³ Es necesario mencionar que si bien el *Test for Relevant Evidence* se usa en el escenario del juicio, su aplicación a la etapa preliminar del proceso penal no se encuentra prohibida, y antes bien resulta bastante útil de cara a determinar desde ese momento procesal la virtual relevancia de los elementos de prueba.

El papel que desempeñan los *EP*, puede ser abordado de diferentes formas, por lo que considero ilustrativa la explicación que Hock (2008) realiza sobre el mismo. Para este autor el *EP*, admite dos perspectivas de análisis, una externa y otra interna.

Desde la perspectiva externa planteada por Hock, un *EP* se caracteriza por tres aspectos, primero se concentra en el grado de creencia o confianza de quien enjuicia los hechos sobre la verdad de una proposición disputada, a partir de la valoración de las pruebas recaudadas. (Hock, 2008, p. 174) En segundo lugar, el *EP* actuaría como un umbral decisional, lo que vinculado al anterior punto supondría que, si la creencia o confianza del juez en la verdad de una proposición alcanza un determinado nivel, deberá aceptarla. Finalmente, el *EP*, supondría evaluar el umbral de probabilidad exigido por la ley en relación con los fines que se pretendan alcanzar con el mismo. (Hock, 2008, p. 175).

Desde la perspectiva de análisis interno, un *EP* funciona como una medida de precaución, al respecto Hock (2008) explica que:

La precaución en el contexto del juicio deliberativo de prueba es una actitud proposicional, un estado de ánimo crítico que se presenta en matices de resistencia a la persuasión sobre la verdad de la base de una acusación disputada. El grado de resistencia debería aumentar con la conciencia de la gravedad de la acusación y de las consecuencias de juzgarla como verdadera. (p.186).

Hay que advertir que el análisis externo del *EP* es el que concentra la atención principal de la doctrina, de ahí entonces que resulte útil la caracterización planteada por Hock, puesto que es común que se haga referencia a cualquiera de estos aspectos sin discriminación alguna, lo que puede acarrear confusiones. El primero de ellos, esto es, el grado de creencia de quien enjuicia los hechos sobre la verdad de una proposición, es un problema que se estudia a partir de los métodos de valoración de la prueba, y que no puede ser abordado en este trabajo, puesto que va más allá del objetivo del mismo.

En este lugar es importante considerar el *EP*, como un umbral decisional a partir del cual se persiguen ciertos fines que se consideran deseables a la luz del ordenamiento jurídico. Frente a ello, la doctrina dominante en la actualidad entiende que el principal fin del *EP* es la distribución del error como se explica a continuación.

4.3.1. El *EP* como regla de distribución del error.

Como se mencionó en párrafos anteriores, la decisión judicial se toma siempre en un ámbito de incertidumbre que puede ser mayor o menor según las pruebas que se hayan recaudado, y la eficacia demostrativa que se atribuya a las mismas, pero que de ninguna manera puede ser anulado. De ahí entonces que se haya calificado a la verdad procesal como una verdad probabilística, una verdad de la que no puede suprimirse cierto margen de error. El riesgo de error existente en cada decisión judicial es el de considerar como cierta o verdadera una proposición fáctica que en realidad es falsa, y a la inversa, considerar como falsa una proposición fáctica que en realidad es verdadera.

Sin importar cuáles sean las consecuencias jurídicas que se deriven de una decisión judicial errónea, su sola ocurrencia coloca en evidencia los defectos propios del proceso judicial y con ello hace que este pierda parte de su legitimidad como medio idóneo para la solución de conflictos. Es por esto que en la actualidad se encuentran en la doctrina grandes esfuerzos que buscan reducir al máximo la posibilidad de error⁵⁴. Sin embargo, algunos autores entienden que:

El proceso penal parece más bien dirigido a la implementación del principio de contradicción entre las partes y, principalmente, al pleno desarrollo de la defensa del imputado, mientras que la determinación de la verdad sobre los hechos parece ser una

⁵⁴ Laudan (2013) es uno de los principales autores abocados a esta tarea, según éste, “Cada juicio y, más generalmente, cada sistema de justicia penal, está gobernado por tres tipos de valores: 1) Muchos de esos valores son extra-epistémicos. Entre estos podemos destacar las consideraciones de oportunidad, las relacionadas con los derechos de los acusados, los vinculados con la transparencia y el debido proceso, y cosas por el estilo. No diré nada aquí en referencia a estos valores en tanto que ellos quedan fuera del ámbito de la epistemología jurídica. 2) Un segundo conjunto de valores que dirigen los juicios penales y las investigaciones constituyen lo que llamo el núcleo duro de la epistemología jurídica. El interés en éste ámbito está en reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo (donde por ‘erróneo’ se entiende específicamente ‘falso’). Los errores principales son la condena de alguien que no cometió el delito o la absolución de aquél que sí lo hizo. El núcleo duro de la epistemología jurídica se interesa precisamente en cómo hacer para que éstos errores sean tan improbables como permita la evidencia . 3). Hay un tercer conjunto de valores, por lo menos tan importante como los otros dos, que son quasi-epistémicos. A falta de un mejor término, los llamo el núcleo débil de la epistemología jurídica. Aquí, el interés no está en la reducción de los errores sino en su distribución de una manera particular. Llamo a estos valores quasi-epistémicos porque, aunque ellos se centran (al igual que los valores del núcleo duro) en el control del error, sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores son peores, menos aceptables, que otros. (pp.96-97). Desde la perspectiva de este autor entonces lo que se busca es reducir al máximo la probabilidad de errores, aún a costa de lo que él llama valores extra-epistémicos.

mera eventualidad que, por sí sola, no es considerada como particularmente relevante. (...) . (Taruffo, 2005a, p.117).

Desde este punto de vista, lo relevante no es la verdad por sí misma, sino la forma en la que esta puede ser alcanzada. De ahí que diversas garantías que son introducidas al proceso penal, como la exclusión de la prueba ilícita, por ejemplo, obedezcan antes que al objetivo de alcanzar la verdad, a salvaguardar los derechos del acusado.

Desde esta óptica no es la ocurrencia de un error en la decisión judicial lo que resulta relevante, sino la clase de error que tiene lugar, puesto que a medida que se adoptan lo que Laudan (2013) llama valores extra-epistémicos es inevitable que el riesgo de equívoco aumente, solo que, si todos estos valores son a su vez garantías individuales, se aumentará justamente el riesgo que se considera deseable, esto es, el de absolver a un culpable antes que condenar a un inocente.

En el proceso penal el riesgo de error se traduce en condenar penalmente a quien es en verdad inocente o en absolver a quien es realmente culpable. No existe ninguna otra posibilidad. Y la decisión sobre cuál de estos errores es más deseable o aceptable, es en principio una decisión política del constituyente primario, quien ha consagrado en la Carta constitucional instituciones como el debido proceso, la presunción de inocencia, la primacía de la libertad, entre otras. En la actualidad no hay mayor discusión acerca de los costes sociales que tiene cada clase de error, y cuál de ellos es preferible, como explica Laudan (2013)

El costo principal de una absolución falsa es que un delincuente genuinamente culpable eluda el castigo correspondiente y quede libre quizá para cometer otros delitos. En ese sentido no se ha hecho justicia. (...) Por otro lado, el mensaje que se envía a otros delincuentes potenciales es que quizás también ellos puedan evitar ser perseguidos y castigados por los delitos que pudieran perpetrar. (...) No obstante, las condenas falsas acarrearán costos aún mayores, como la mancha permanente en el buen nombre de la persona inocente que es erróneamente condenada, la privación de su libertad por el tiempo que dure el encarcelamiento, así como la pérdida de ciertos beneficios importantes asociados a su estatus de ciudadano. (p.111).

Junto a lo anterior pueden plantearse muchas más razones para preferir esta clase de error, sin embargo el error, independientemente de su tipo, es un problema para la legitimidad del Estado, y es a su vez un punto de crítica contra la labor no solo de los operadores jurídicos – jueces principalmente- sino para la academia en general. Por ello, algunos autores – como Laudan- parecen proponer la renuncia a cualquier garantía – o valor extra epistémico- que pueda aumentar el riesgo de error, cualquiera que este sea, sin consideración a los derechos individuales. Posición que si bien busca un fin admisible, como es el de alcanzar la verdad en el proceso, parece ignorar el riesgo que entraña para los derechos individuales; no puede olvidarse que detrás de cada garantía individual alcanzada, se esconde una historia de procesos irracionales, en los que se ejercía por parte de la autoridad un poder que, al no encontrar talanqueras de ninguna índole, era incontrolable.⁵⁵

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto puede afirmarse que la doctrina dominante entiende que el principal fin del *EP* en materia penal, será la reducción del riesgo de error que se considera indeseable, esto es, el de condenar a un inocente. Ello se logra de dos formas, primero, estableciendo el grado o nivel de exigencia probatoria necesario para condenar, que no es otra cosa que la fijación en abstracto del *EP* y, en segundo lugar, formulando el *EP* en concreto, a partir de criterios “objetivos”, que le permitan al juez determinar si ese grado de exigencia previamente formulado ha sido o no alcanzado.

Sobre el primer aspecto, esto es, el nivel de exigencia probatoria que debe contener el *EP*, Accatino (2011) expresa:

Los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien un umbral más elevado. El nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación (p. 486).

⁵⁵ Al respecto: Miranda, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons.

El umbral mínimo de suficiencia es considerado aceptable cuando “los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error)” (Gascón, 2005, p.131), por lo que, si se supusieran igualmente tolerables tanto el error de condenar a un inocente como el de absolver a un culpable, sería suficiente decidirse por la hipótesis más probable según las pruebas recaudadas. A este *EP*, se le conoce como “*probabilidad prevalente*” o “*preponderancia de las pruebas*”, y es normalmente aceptado como suficiente en materia civil⁵⁶.

Por otro lado, y como se advirtió antes, en materia penal, y especialmente desde la perspectiva garantista que es admisible desde nuestro ordenamiento constitucional, existen razones suficientes para preferir una de las clases de error, por lo que el *EP* debe ser diseñado en función de ello. De ahí entonces que normalmente se hable de “*prueba más allá de toda duda razonable*” o “*prueba razonable excluyente de cualquier hipótesis de inocencia*”, para referirse al umbral que es necesario alcanzar antes de emitir una sentencia condenatoria⁵⁷.

⁵⁶ “El estándar de «la preponderancia de la prueba», en igualdad de circunstancias, funciona (o aparenta funcionar) para minimizar errores y maximizar la corrección. Esto se sigue del hecho de que las decisiones tomadas bajo este estándar son las que resultan más probables dadas las pruebas (en comparación con sus alternativas) Asumiendo que la prueba es un buen indicador de la verdad, las decisiones que parecen más probables dadas las pruebas serán más acertadas a largo plazo que las decisiones que parecen menos probables dadas las pruebas. Incluso si la regla de preponderancia maximiza la corrección, lo hace, sin embargo, distribuyendo el riesgo de error de forma más o menos equitativa entre las partes (cualquiera de las partes puede presentar la hipótesis menos probable y la decisión puede ser errónea)”. (Allen, 2013, p.103). Igualmente explica Taruffo (2005b), sobre la probabilidad prevalente:“(…) puede definirse como el estándar del grado mínimo necesario de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”. Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación positiva prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%.” (p. 1302).

⁵⁷ Qué se entiende por prueba más allá de toda duda razonable es una discusión aún vigente, por lo que no puede ofrecerse en este espacio una definición unívoca del término, sin embargo conviene reseñar algunas opiniones doctrinales, con el fin de ilustrar lo álgido del debate. Por ejemplo, Carnevali y Castillo reseñan esta definición jurisprudencial propia del sistema anglosajón: “Prueba más allá de toda duda razonable es aquella prueba que los deja firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado. Hay pocas cosas en este mundo que nosotros conocemos con absoluta certeza, y en los casos criminales la ley no requiere pruebas que superen toda posible duda. Si basados en su consideración de la evidencia, ustedes están firmemente convencidos que el acusado es culpable de los cargos, deben hallarlo culpable. Si, por otro lado, ustedes creen que hay una posibilidad real de que no sea culpable, deben darle el beneficio de la duda y encontrarlo no culpable.” (Carnevali y Castillo, 2011, p.99) A su vez Chiesa Aponte (1995) señala que: “La prueba más allá de toda duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado” (p.378) Al respecto Nieva Fenoll (2016) muestra un marcado escepticismo, especialmente en lo que tiene que ver con la noción específica de duda razonable: “Ese sería el estándar relacionado directamente con la presunción de inocencia: la convicción más allá de toda duda razonable. Asunto distinto es cómo se alcanza esa convicción, materia en la que rige la libre valoración de la prueba, pero aún es más difícil indicar cuándo se llega al carácter “razonable” de la duda, a ese umbral que intenta buscar el estándar de prueba, es decir, un grado de corroboración de la hipótesis. Ahí impera inevitablemente el subjetivismo, y normalmente el juez tiende a decidir aquello que se ve capaz de motivar. Esa realidad hace tan impreciso el estándar que hasta es muy dudoso que tal estándar exista.” (p.11) En similar sentido se pronuncia también Taruffo (2010), quien afirma: “[E]l significado exacto de este criterio es incierto: por un lado, no es posible saber cómo lo aplican efectivamente los jurados norteamericanos,

En definitiva la doctrina dominante parte de asignar al *EP* un objetivo que es sin duda de la mayor importancia, no obstante, a mi juicio, el mismo se queda corto, puesto que la distribución del error es tan solo una de las tareas que desempeña el *EP*, por lo que estudiar este concepto solo desde ese punto de vista limita su verdadero alcance. Por ello se exponen a continuación algunas ideas entorno a esta noción que resultarán de utilidad al momento de proponer una interpretación del término *inferencia razonable de autoría*.

4.3.2. El *EP* como concepto Denso.

Exponer el *EP* como un concepto denso, parte de entender que el mismo va mucho más allá de ser una simple regla de distribución del error, que su naturaleza teórica lo sitúa a medio camino entre la esfera de lo normativo y la esfera de lo descriptivo, por lo que no puede estudiarse lo uno sin lo otro. Feldman, H. (2014) expone en relación con lo que llama conceptos entrelazados,

(...) the descriptive and the evaluative are fundamentally interrelated such that when one aspect is reshaped so is the other. This provides a check on the malleability of legal concepts: insofar as one does not wish to disturb the evaluative point of a concept, one cannot unthinkingly modify its descriptive reach, and vice versa. (p.76).

Como explica Manco (2019), en filosofía existen una serie de nociones que al contener tanto elementos evaluativos como descriptivos han dado lugar al surgimiento de lo que en dicha disciplina se llama *concepto denso*, término que este autor trae al lenguaje del derecho y a partir del mismo entiende que “un concepto denso en el derecho lo es porque precisamente en él confluyen no solo contenidos evaluativos y descriptivos, sino componentes de otra índole como los normativos, psicológicos y prácticos.” Desde el punto de vista de este autor:

que no motivan sus veredictos; por otro lado, la definición de «duda razonable» es todo menos clara, y los intentos de atribuirle una cuantificación no han producido resultados”.

Se tiene la idea de un concepto denso en el que confluyen múltiples elementos diferentes al descriptivo y el evaluativo, que expresa una relación con los casos concretos, con las prácticas jurídicas, pero también con la cultura en la que se encuadra.

Así se puede lograr un significado de los conceptos densos en el derecho que dependerá, al menos en un primer nivel de análisis, de la función que cumpla en el marco específico de un lenguaje determinado y de los fines limitados a los que se espera que responda.

Esta perspectiva permite decir entonces que, al menos en el caso del derecho, a lo que se refiere un concepto denso no es una cosa, ni un estado mental, ni una creencia moral, ni una etiqueta social, ni un uso generalizado. Es un proceso. (Manco, 2019)

En ese sentido, asimilando el *EP* al concepto entrelazado de Feldman y a la noción de *concepto denso* expuesta por Manco y retomada como desarrollo de la propuesta de *Thick Concepts* planteada por Williams⁵⁸, el mismo no puede ser estructurado solo desde la esfera de lo descriptivo como parece hacerlo la doctrina mayoritaria cuando lo definen *como los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho* (Gascón, 2005) o *como la medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos* (Abel, 2012). Pues esta es tan solo una de las aristas del término en cuestión, es necesario preguntarse también por la esfera normativa en la cual se integra el *EP*, así como por los problemas de índole valorativos que lo rodean.

Sobre el ámbito descriptivo se ha expuesto, de la mano de la doctrina dominante, los puntos de mayor interés, por lo que no es necesario volver sobre ello en este apartado. Por otro lado, poco se ha dicho de la esfera normativa, y es que, como se mencionó con anterioridad, el concepto de *EP* es también un concepto jurídico, por lo que no puede estudiarse adecuadamente sin referencia a una teoría del derecho sustancial.

No puede olvidarse que los *EP* se encuentran en el interior del proceso, el cual está destinado a satisfacer el derecho sustancial – Artículo 10, Ley 906 de 2004 -. En el caso del ordenamiento

⁵⁸ Véase: Williams, B. (2011). *Ethics and limits of philosophy*. London and New York: Routledge. Williams, B. (2012). Afterword what has philosophy to learn from tor law. En G, Owen. *The Philosophical Foundations of Tort Law*. United Kingdom: Oxford Scholarship online. Feldman, H. (2014). *Appellate Adjudication as Conceptual Engineering*. En G, Hubss Pragmatism, Law and Language. New York: Routledge.

colombiano, el derecho penal sustancial se encuentra en la Ley 599 de 2000, allí se abordan todas las conductas conminadas con una sanción penal en lo que respecta a sus presupuestos, requisitos y consecuencias.

Es importante resaltar que del estudio de los presupuestos del derecho sustancial penal, o mejor aún, del análisis de la parte general del derecho penal material se ocupa la dogmática penal o teoría del delito y de los requisitos de cada conducta típica en particular se encarga la dogmática del derecho penal especial, por su parte, el derecho procesal penal “contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del estado a castigar.” (Roxin, 1997, p.45). Cuyo análisis es tarea de la dogmática procesal penal.

Ahora bien, las relaciones entre estas disciplinas, especialmente en lo que tiene que ver con la dogmática general y la dogmática procesal penal, no son del todo claras, incluso –como se abordará en el próximo capítulo- las mismas han venido desarrollándose de forma independiente, de tal suerte que en los manuales de una disciplina no se hacen mayores referencias a la otra. Las consecuencias de esta separación disciplinaria están por estudiar, mas puede afirmarse a modo de hipótesis que una de éstas es la ausencia de una construcción de conceptos mixtos, es decir, de conceptos que en la práctica tocan tanto con lo sustancial como con lo procesal, y que han estado elaborándose como si pertenecieran solo a uno de estos campos disciplinares.

A mi juicio esto es lo que ha venido sucediendo con la noción de *EP* en materia penal, de la cual se han ocupado gran cantidad de autores sin hacer referencia alguna a la teoría del delito, como si fuera posible establecer, por ejemplo, si un hecho es prueba o no del dolo de una conducta sin preguntarse siquiera por cuál es la teoría del dolo adoptada por la ley penal. En este mismo sentido entonces no es posible preguntarse si de un hecho se infiere razonablemente la autoría o participación del imputado en un posible delito, sin preguntarse al mismo tiempo por cuáles son los presupuestos mínimos necesarios para hablar de autoría y participación, desde la perspectiva de *lege data*.

Es por lo anterior que el *EP* es un concepto denso, puesto que no puede ser estudiado solo desde el derecho procesal, sino que es necesario abordarlo también a la luz de la teoría del delito; vincularlo con ésta en orden a establecer cuándo es posible afirmar la prueba de un

hecho es una tarea incluso preliminar a la pregunta por la distribución del error, puesto que solo conociendo profundamente la estructura de la responsabilidad penal es posible determinar el grado de suficiencia necesario para adoptar una medida como la detención preventiva en las etapas preliminares o la condena como resultado final del proceso penal.

4.4. ¿Construir un estándar de prueba desde el garantismo penal?

Por último es importante mencionar que alrededor del *EP* se encuentra también una disputa en términos valorativos, puesto que la estructuración de un *EP* es siempre una decisión en favor o en contra de ciertos valores constitucionales – ¿Por qué no morales?-. Escenario que termina por confirmar la compleja naturaleza de esta figura, y frente a lo cual considero relevante reiterar que, desde el *garantismo penal*, existe una elección clara por la prevalencia de los derechos del individuo, especialmente en lo que toca con su libertad y dignidad, por lo tanto, en la construcción de cualquier estándar se optará por privilegiarlos.

Como se explicó al inicio de este texto, el garantismo adopta la estricta jurisdiccionalidad como una garantía epistémica, la cual debe ser tenida en cuenta al momento de construir un *EP*, en el entendido de que este debe permitir su verificación o refutación a través de la prueba empírica, de ahí entonces que estándares morales o subjetivos no puedan ser considerados adecuados para el proceso penal, puesto que, entre otras cosas, obstaculizan el derecho a la contradicción.

Si de lo que se trata entonces es de introducir las exigencias de la teoría garantista a la construcción del *EP*, es un buen punto de partida comenzar por desglosar la estricta jurisdiccionalidad en tres garantías epistémicas, que si bien han sido formuladas como requisitos *sine qua non* de la legitimidad de una sentencia (Ferrajoli, 2011, p.147). Resultan de utilidad para decisiones como la que toca con el decreto de la medida de aseguramiento.

La primera garantía es la de la *necesidad de la prueba*, que exige que la hipótesis acusatoria deba estar respaldada por una pluralidad de pruebas, de las cuales se desprenda con un alto grado de probabilidad la verdad de los hechos que sustentan la hipótesis.

La segunda garantía es la posibilidad de *refutación*, ésta exige que al imputado se le garantice la posibilidad de contradecir las pruebas aportadas por la Fiscalía. Pero además de

ello supone que “para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles.” (Ferrajoli, 2011, p. 151).

La tercera y última garantía que se trae a colación se refiere a la *imparcialidad y motivación de la decisión judicial* respecto de las hipótesis de la acusación y la defensa. De acuerdo con esto, “la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella.” (Ferrajoli, 2011, p.151). Desde luego esta afirmación, en sede de imposición de medida de aseguramiento deberá ser matizada como se hará en su momento.

El *EP* debe permitir realizar primero, una afirmación jurídica, en ésta se fijarán los elementos normativos que integran el *EP*, por lo que en este punto será de vital importancia lo dispuesto por el derecho sustancial, y los desarrollos que de éste ha hecho la dogmática penal; y en segundo lugar debe permitir una confirmación fáctica, aquí se demostrará cómo los elementos de prueba recaudados satisfacen tales exigencias normativas.

La satisfacción del *EP* es pues un resultado conjunto entre estas dos aserciones, que a su vez permiten construir el grado de *suficiencia probatoria* necesario, no en términos probabilísticos o matemáticos, sino en términos normativos como se verá en su momento frente al *estándar de la inferencia razonable de autoría*.

A continuación entonces abordo la construcción de una propuesta interpretativa sobre el *EP* previsto por la Ley 906 de 2004 para la imposición de la medida de aseguramiento, esto es la *inferencia razonable de autoría*, desarrollando dos instituciones sustanciales que permitirán dotar de contenido el *EP* bajo estudio.

5. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTÁNDAR DE INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA

5.1. Consideraciones previas para una interpretación del término inferencia razonable de autoría: Teoría del delito y teoría del proceso penal

Construir una hermenéutica del término *inferencia razonable de autoría* supuso analizar qué es un estándar de prueba y qué funciones cumple, la conclusión obtenida es que no es conveniente interpretar instituciones de índole procesal o probatorio de forma aislada al derecho sustancial.

En razón de lo anterior en este apartado pretendo abordar, en términos generales, cómo se han desarrollado las relaciones entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, acotando que, si bien tradicionalmente se han entendido como disciplinas que tienen un objeto de estudio diferente, en la actualidad se aprecian interesantes esfuerzos por realizar un estudio conjunto tanto de los problemas sustanciales como procesales, esfuerzo que pretendo replicar en este escrito.

La distinción entre derecho sustantivo y procesal es relativamente reciente, como explica Pérez (2018) esta era impensable hasta los siglos XVIII y XIX, puesto que “la conformación de las bases del proceso civil inglés en el medioevo dio lugar a un sistema único donde el punto de partida era la posibilidad de tutela de un derecho invocado como presupuesto para su existencia misma. La insularidad inglesa sin duda coadyuvó a que el sistema que surgió en el medioevo tuviese notas particulares propias, pero al mismo tiempo comunes y conectadas a otros sistemas jurídicos existentes” (p.262).

La separación entre DPS y DPP no surge sino hasta los procesos de codificación de los siglos XVIII y XIX, principalmente en Europa continental, donde “las leyes sustantivas establecen derechos, deberes y responsabilidades para las partes” mientras que “las “adjetivas” o procedimentales fijan el procedimiento para reivindicar los derechos y hacer efectivas las sanciones” (Pérez, 2018, p.265). Desde ese momento histórico hasta la actualidad se han construido diferentes tesis que explican las relaciones entre estas dos áreas del derecho, caracterizadas por una disociación entre lo sustantivo y lo procesal, como si se tratase de dos mundos distintos. Vera (2017) se ha ocupado de esquematizar estas tesis en diversos grupos, algunos de los cuales otorgan mayor importancia a lo sustancial frente a lo procesal o viceversa.

Según el autor antes citado, un primer grupo de teorías privilegian el DPP sobre el DPS, puesto que éste es el único camino o medio para hacer efectiva la ley penal, desde ese punto de vista “la norma penal se hace más ‘visible’ cuando se inicia un procedimiento penal para la persecución de una conducta constitutiva de delito. Y que, por el contrario, desde un punto de

vista social, se produce un ‘desvanecimiento’ público de la reprochabilidad penal de la conducta cuando el Ministerio Público decide, por ejemplo, no iniciar una investigación” (Vera, 2017, p.835). Un segundo grupo de teorías no parte de privilegiar ninguno de estos planos, sino solo de establecer las diferencias entre los mismos, para ello proponen el siguiente criterio, “si la institución en estudio pertenece al complejo del hecho, entonces, sus efectos e interpretación quedarán circunscritos al Derecho penal. De lo contrario, deberán ser aplicables los criterios de interpretación del Derecho procesal penal” (Vera, 2017, p.836).

Finalmente, se encuentran algunas tesis, con origen en Kaufmann, que parten de la pregunta: “¿tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de esta circunstancia dudosa en cuanto a su naturaleza jurídica, o sería entonces irrelevante esta circunstancia?” (Vera, 2017, p.838). Si la imposición de la pena depende de dicha circunstancia entonces la misma es de orden sustancial, de lo contrario su naturaleza es procesal.

El anterior inventario, deja en evidencia que la principal preocupación de un gran sector de la doctrina ha sido diferenciar claramente entre normas de carácter sustancial y normas de carácter procesal⁵⁹. Ello explica por qué Ernst von Beling (1943), uno de los grandes penalistas del siglo XIX afirmaba con tanta vehemencia que:

(...) la esencia del Derecho Procesal Penal es por completo diferente a la del penal, salta a la vista el error de la opinión que sostiene que un precepto jurídico puede pertenecer simultáneamente a ambas ramas jurídicas (...) Indudablemente, no se han visto las cosas con claridad. Cada precepto penal se distingue, como tal, por su contenido; el fondo del mismo es siempre si debe imponerse pena, cuál sea esta y con qué requisitos; en cambio, el procesal penal está lejos de todo esto; en él se trata siempre de ver si hay lugar a proceder, cómo debe ser el proceso y cuáles sus requisitos, de lo que, por el contrario, no se ocupa para nada el Derecho Penal (p.5).

⁵⁹ “Durante muchos años, las relaciones entre la ciencia del derecho penal sustantivo y la ciencia procesal penal se han caracterizado en buena medida por la mutua ignorancia, como si estas dos disciplinas se ocuparan de sectores del ordenamiento jurídico sin ningún tipo de relación entre sí” (Ragués i Valles, 2004, p.129). Igualmente explica Vera (2017) “Derecho penal y Derecho procesal penal, en cuanto subsistemas del gran sistema de justicia penal se influyen recíprocamente, sin que ello signifique afirmar que se trata de normas jurídicas de idéntica naturaleza. Sin embargo, la influencia de uno sobre el otro puede ser percibida como una impropiedad científica. Por ejemplo, el nacimiento del derecho procesal –y, por extensión, de todas las áreas que buscan cierta autonomía dentro del Derecho– está fuertemente influenciada por el positivismo filosófico que asociaba a cada ciencia como tal un objeto y método de estudio propio. En la evolución del Derecho procesal ello se plasmaría en la incesante búsqueda histórica de una diferenciación respecto del Derecho material.” (p.844).

Como explica Herrera (2016) incluso en España quienes se ocupan del estudio del derecho procesal penal son los académicos del derecho procesal general, “En cambio los especialistas de Derecho penal en su gran mayoría centran el objeto de sus estudios en la dogmática jurídico-penal y en muy pocas ocasiones dirigen su atención hacia temas procesales o en ocasiones lo hacen pero sólo de forma marginal” (p.233)

Esta separación resulta evidente si se examinan los principales manuales de dogmática penal, los que, en los mejores casos, dedican un par de páginas a explicar la función del proceso penal, sin embargo no se ocupan de estudiar las relaciones que en el fondo existen entre DPS y DPP⁶⁰, lo que en conjunto con lo que se ha venido explicando permite afirmar que esta distinción doctrinal ha sido casi un dogma entre los estudiosos del sistema penal⁶¹; del cual pueden predicarse algunas características, como por ejemplo: i) la diferencia en el objeto de atención de uno y otro; ii) la consolidada creencia en la supremacía jerárquica del DPS sobre el DPP; iii) el carácter instrumental que se le otorga al DPP⁶²; iv) la desvinculación de los fines que cumple cada uno, etc.

A pesar de lo expuesto, en la actualidad y de forma cada vez más frecuente, distintos autores se han cuestionado por las relaciones entre DPS y DPP⁶³, como menciona (Ragués i Valles,

⁶⁰ Por ejemplo, Roxin (1997) en su texto Derecho Penal parte general solamente dedica un par de líneas a mencionar que el Derecho procesal penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. (p. 45). Por su parte, Jakobs en su texto Derecho Penal parte general (1997) solo menciona al Derecho procesal penal de forma tangencial, al explicar los ámbitos de validez de la ley penal, dejando de lado por completo la relación entre DPS y DPP. Por el mismo sendero se sitúan muchos otros textos de Derecho Penal parte general, entre estos pueden mencionarse Jescheck (2002), Mir Puig (2005), Bacigalupo (1999), Carrasquilla (2004), Velásquez (2013), entre otros.

⁶¹ Herrera (2016) “El contraste, dicotomía o antinomia entre el derecho sustantivo y el derecho procesal ha sido en la historia (y aún lo es) un objeto de discusión y elaboraciones dogmáticas y legislativas variadas. Es comprensible el porqué se intentó construirlos como mundos paralelos, pues el procedimiento es un instrumento de poder y en la práctica puede generar menoscabo en la sustancia. Así por ejemplo, la falta de adecuados recursos humanos en el sistema de administración de justicia, como también la disfuncionalidad del sistema, mina y afecta al propio derecho sustantivo.” (p.256).

⁶² “La visión que explica la relación entre normas penales y procesales como meramente instrumental es una opinión de corto alcance que no logra reflejar gran parte de las funcionalidades que tiene el proceso penal moderno más allá de la mera realización de la norma penal.” (Vera, 2017, p.849).

⁶³ “En los últimos años, desde una perspectiva diversa, y más concretamente desde una óptica funcional, comienza a extenderse la opinión de que no es posible separar el Derecho material del Derecho procesal. Esta conclusión se apoya en la idea, defendida por un sector de la doctrina alemana, de que existen instituciones del Derecho material y del Derecho procesal que son funcionalmente equivalentes. En esta línea de pensamiento Volk, apoyándose en Schmidhäuser y Krauss, mantiene que el fin del proceso se identifica, por una parte, con el aseguramiento de la paz jurídica entendida en términos normativos y, por otra, con la confirmación del Derecho penal: «El estado provocado por el hecho delictivo –mantiene este autor– configura la perturbación » y «el proceso penal sirve al cese de la perturbación... Pero de ello no debe deducirse que la paz jurídica haya de entenderse solamente como estado empíricamente constatable, como un fenómeno sociopsicológico. Este concepto más bien ha de

2004) este cambio puede explicarse “(...) en primer lugar, por una cierta sensación de agotamiento de una doctrina que durante muchos años se ha centrado de forma casi exclusiva en la teoría del delito, un cansancio que ha llevado a algunos autores a explorar nuevos territorios, entre los que cabe contar el proceso penal. En segundo lugar, por la constatación de que cualquier análisis político-criminal con unas mínimas pretensiones científicas no puede ignorar el importantísimo papel que muchas instituciones procesales desempeñan en una lucha eficaz contra el delito” (p.132).

Diferentes penalistas como Herrera (2016), Ragues i Valles (2004), Pérez (2018), entre otros; han optado recientemente por abordar el problema de las relaciones entre DPS y DPP, ofreciendo diversos argumentos que justifican colocar de nuevo bajo discusión un debate que ya parecía zanjado. A mi juicio, algunos de ellos han llegado a este punto por uno de tres caminos, el primero por haberse percatado que el derecho procesal resulta insuficiente para abordar adecuadamente el análisis de categorías que, aún siendo de orden procesal, necesitan del derecho sustancial para ser explicadas. El segundo, porque se han dado cuenta que la construcción de algunas instituciones procesales afectan directamente el contenido del derecho sustancial. Finalmente, el tercer camino proviene de la teoría del delito, donde muchos autores han construido o desarrollado complejas figuras dogmáticas que no se ven reflejadas en el proceso penal, lo que obliga a preguntarse por la explicación de este fenómeno⁶⁴.

Como ejemplo de lo anterior, Herrera (2016) ha ilustrado para el caso de las negociaciones al interior del proceso penal, como las mismas dan al traste con figuras de gran importancia para el DPS, como lo son la protección de bienes jurídicos como función del derecho penal, y la prevención general como fin de la pena. En sus palabras:

configurarse normativamente (aunque encuentre su correspondencia en acontecimientos observables), pues la ausencia de paz es provocada por una perturbación del ordenamiento jurídico y esta perturbación ha de localizarse, al igual que el ordenamiento jurídico, dentro de coordenadas normativas...” (Pedreira, 2008, pp.207-208).

⁶⁴ “Así, se ha advertido que la usual distinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal resulta en muchos casos arbitraria y en otros carece de todo efecto práctico. Además, se ha puesto en evidencia que esta escisión es en gran medida la responsable de que aspectos muy importantes del sistema penal apenas hayan sido objeto de desarrollo teórico y de que ciertos avances efectuados desde el ámbito sustantivo hayan carecido de toda incidencia práctica, por no haber encontrado un adecuado tratamiento en su vertiente procesal. En resumen: estos primeros pasos han servido para demostrar que la distinción entre lo sustantivo y lo procesal no solo no es teóricamente obligatoria, sino que, además, concebida en términos muy rígidos puede resultar enormemente disfuncional tanto en términos político-criminales (persecución eficaz del delito), como dogmáticos (tratamiento uniforme de los casos)” (Ragués i Valles, 2004, p.133).

En algunas ocasiones parece que la doctrina penal no advierte que sin el proceso penal, o sin un proceso penal adecuado y justo no es posible que el Derecho penal cumpla la función de proteger bienes jurídicos. En este sentido, un análisis crítico de este fenómeno no puede limitarse sólo desde la conveniencia o utilidad procesal, toda vez que, éste incide en el Derecho penal sustantivo y en su estructura normativa (p.235).

Por otro lado, Ragués i Valles (2004) explica la importancia de vincular el derecho sustancial con la valoración probatoria:

(...) no puede perderse de vista que en la praxis judicial el hecho de que las valoraciones probatorias se hallen mucho más libres de ataduras teóricas que los argumentos sustantivos, propicia que jueces y tribunales tiendan a trasladar los problemas al ámbito procesal, pues en él han gozado tradicionalmente de una mayor libertad de movimientos. La única forma de conseguir que esta huida a la valoración de la prueba no suponga una vía de ocultación de los razonamientos que resultan decisivos para la resolución de los casos con la consiguiente merma de garantías para los ciudadanos, pasa por llenar con contenido teórico dicho acto de valoración. (p.143).

Además de lo mencionado se encuentran análisis de figuras como la prescripción, la pertinencia y conducencia de la prueba⁶⁵, la teoría del caso, entre otras⁶⁶; que justifican la imperiosa necesidad de replantear la separación entre DPS y DPP⁶⁷.

Desde luego son muchas las dificultades que afronta una tarea como la propuesta, ello tomando en cuenta que en la actualidad DPS y DPP caminan muchas veces en direcciones

⁶⁵ Pérez (2018) “Existen muchos ejemplos de insuficiente desarrollo teórico en cuestiones relativas a la valoración de la prueba y, cuando menos en el caso español, muchos de los avances que se han ido realizando han sido mérito de la jurisprudencia y no, tristemente, de la doctrina. Este hecho probablemente pueda explicarse porque, mientras la ciencia penal se ha ocupado de los conceptos del derecho sustantivo y sus definiciones, los procesalistas se han encargado de estudiar los medios de prueba en general, pero nadie se ha preocupado de estudiar en qué casos y con qué requisitos deben considerarse probados los elementos fácticos que permiten aplicar los conceptos sustantivos.” (p.142).

⁶⁶ Pedreira (2008); Vera (2017); Ragués (2004); Gómez (2010).

⁶⁷ Pérez (2018) “La propuesta de las categorías sustancia y procedimiento como mutuamente excluyentes y exhaustivas parece desafiar la realidad. Cada vez que se llega a la pregunta sobre la justicia procedimental, más irrazonable parece no considerar que algunos temas, de por sí, imponen adentrarse tanto en lo sustantivo como en lo procesal, como por ejemplo –sin ser exhaustivo– la carga de la prueba o los procesos de incidencia colectiva. Lo anterior también se hace evidente cuando se manipula abusivamente un proceso judicial para obtener un beneficio sustantivo que no correspondía.” (p. 258).

contrarias⁶⁸. Situación a todas luces indeseable en la medida en que, quiérase o no, las decisiones que se tomen en uno repercuten directamente en el otro. Algunos autores han comenzado a esbozar diferentes alternativas teóricas que permitan acortar la brecha existente entre estas dos áreas del derecho⁶⁹. Al respecto, Pérez (2018) parte de que las relaciones entre derecho sustantivo y derecho procesal son tan íntimas que muchos de los derechos ciudadanos o fundamentales no pueden concebirse solo desde la perspectiva sustancial, en sus palabras:

Debemos apreciar que los derechos sustantivos tienen un componente inherentemente procesal. La construcción del derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que mejor garantizarán el respeto, restablecimiento y realización del derecho sustantivo que de no ser observados podrían dar lugar a una distorsión del proyecto del mandato sustantivo. Entender que el procedimiento es sustantivo y que la sustancia es procedimental desvirtúa dos mitos: (i) que hay una dicotomía sustancia procedimiento y (ii) que el procedimiento es un socio inferior contingente. (p.258).

Desde este ángulo no se trata de que existan algunos puntos en los que se relacionen DPS y DPP, por el contrario se parte de entender que lo sustantivo es inseparable de lo procesal y viceversa, que no se comportan como dos objetos de estudio independientes aunque pertenecientes a la misma rama del derecho, sino que el uno es indispensable para la adecuada construcción del otro.

⁶⁸ Gómez (2010) “Ello no es bueno ni para la teoría ni para la práctica, atendida la necesidad en nuestro sistema jurídico democrático de que la pena se imponga sólo como consecuencia de un proceso, sobre todo porque el distanciamiento acaba perjudicando al justiciable, ante la gran dificultad de dar cabida actualmente en el proceso penal a los planteamientos dogmáticos sustantivos, optándose por la solución más fácil siempre que sea posible, que no es otra que el proceso no tenga lugar.” (pp. 9-10).

⁶⁹ Desde luego ello no está exento de críticas, por ejemplo Pedreira (2008) realiza una crítica de todas aquellas posturas que pretenden igualar o equiparar estas dos áreas del derecho, de los diferentes argumentos que este autor expone vale la pena resaltar: “Finalmente, por lo que se refiere a la afirmación, por lo demás no demostrada, de que ambas disciplinas constituyen una unidad, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetas a «principios materiales comunes», uno de los cuales es la necesidad de pena, tampoco resulta convincente. En primer lugar, el hecho de que ambas disciplinas tengan que ver con el poder punitivo y con la cuestión criminal, no es más que un argumento genérico que no impide, naturalmente, que cada una tenga su propio cometido, como reconocen la inmensa mayoría de los autores, incluso aquellos que niegan la posibilidad de delimitarlas con precisión. Mientras el Derecho penal material se ocupa de regular ese poder punitivo, el Derecho procesal penal regula el instrumento para hacerlo efectivo. Cosa distinta, y en esto sí están de acuerdo muchos autores, es que no sea posible delimitarlas con exactitud, afirmación que se realiza partiendo de que no tienen el mismo objeto y de que, en la mayoría de los casos, si es posible distinguir una cuestión material y una procesal. Si lo que se pretende afirmar es que el Derecho penal y el Derecho procesal penal son lo mismo, de tal forma que no es posible distinguir una cuestión material de una procesal, dicha afirmación es, a todas luces, excesiva.” (p.212).

Bajo esta óptica, quizás sería necesario replantearse el análisis de gran parte de las instituciones del régimen penal actual, tanto sustanciales como procesales, tarea a todas luces imposible de realizar en el corto plazo, sin embargo, este es justamente el objetivo que se propone con el análisis del término inferencia razonable de autoría, construir una interpretación de esta categoría, que se asume innata al derecho procesal penal colombiano, pero que necesita también del derecho sustancial para cargarla de contenido.

En ese sentido, y a pesar de que resulta evidente, vale la pena recordar que, “El juez que decide sobre un hecho posiblemente delictivo no se desdobra para, primero, analizar el asunto desde una perspectiva dogmático penal y, luego, aplicar los principios de la doctrina procesal penal.” (Vera, 2017, p.831).

Tradicionalmente el concepto de tema de prueba –*thema probandum*- ha sido de utilidad para vincular el derecho sustancial penal con el derecho procesal penal. Como explica Parra (2011)

El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso. (p.135)

El tema de prueba obliga al operador jurídico a tomar la norma sustancial como un faro que guía su camino, en la medida en que, tanto la actividad probatoria como el proceso penal en sí mismo, buscan definir si se presentan o no los supuestos de hecho que hacen procedente la aplicación de una norma particular.

Desde este punto de vista, si el estándar de prueba de la sentencia condenatoria es la acreditación más allá de toda duda razonable de los supuestos de hecho de la responsabilidad penal, resulta útil considerar el estándar de prueba de la inferencia razonable de autoría como un estadio previo en el camino a la acreditación de la responsabilidad penal, compuesto, desde luego, por parte de los supuestos de hechos necesarios para la aplicación de una pena en el ordenamiento penal colombiano. En ese medida, el tema de prueba permite integrar tanto el derecho penal sustancial como el derecho procesal penal.

Bajo esta perspectiva se emprende a continuación el estudio de dos categorías sustanciales –partes integrales del *thema probandum* de la responsabilidad penal- que a mi juicio son indispensables para construir una hermenéutica del término inferencia razonable de autoría, estas son, el concepto de autor y el de desvalor de acción.

Como es de sobra conocido la teoría del delito ha construido una serie de categorías –acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- que actúan a modo de filtros, permitiendo separar los casos en los que existe responsabilidad de los que no⁷⁰. Esta teoría presenta en la actualidad álgidas discusiones, no creo que sea irresponsable afirmar que no existe ninguna categoría de las que integran el concepto tradicional de delito que no se encuentre actualmente bajo revisión⁷¹. A pesar de ello, existen importantes consensos entorno a la estructura de la responsabilidad penal, lo que obedece no solo al reconocimiento que de las categorías de la teoría del delito tiene lugar en el derecho positivo sino también al fundamento histórico que se encuentra detrás y que es imposible desconocer⁷².

Lo anterior, no quiere significar que estemos en presencia de un caos conceptual al interior de la teoría del delito, puesto que, contradictoriamente, la estructura formal del concepto de delito entendido como conducta típica, antijurídica y culpable, parece hoy inamovible⁷³, sin embargo, el contenido material de las mismas se encuentra siempre bajo discusión; por ejemplo, respecto del dolo se debate intensamente acerca de si el mismo debe ser entendido como conocimiento y voluntad o solo como conocimiento⁷⁴, y a pesar de que parecería haber un acuerdo en que sin importar su contenido el mismo hace parte del tipo subjetivo, existen tesis minoritarias como la de Schimdhäuser que sostienen que debe ser estudiado tanto en la tipicidad como en la culpabilidad⁷⁵. Con ello quiero mostrar que si bien existe un fuerte

⁷⁰ Desde luego esto es una simplificación de la misión que cumple la dogmática penal, como explica Silva (1992) las funciones de la dogmática son esencialmente tres “En primer lugar, la de analizar las estructuras subyacentes a los sistemas jurídico-penales de normas- En segundo lugar, la de efectuar las consideraciones ético-normativas (jurídico-políticas) que tratan de dar respuesta a la cuestión de qué comportamiento humano es merecedor de pena y cuál no; a este ámbito pertenece asimismo la respuesta al problema de la fundamentación normativa de la pena. Finalmente, la función de elaborar y comentar el Derecho positivo.” (p.108).

⁷¹ Hassemer, W. (1992) Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 45(1), 235-250. Silva, J.(2010) *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Montevideo: Editores B de f.

⁷² Sobre la formación y evolución del método dogmático véase Silva (1992).

⁷³ Ello queda en evidencia solo con observar que desde Fran Von Liszt (1914) *Tratado de Derecho penal*. Madrid: Hijos de Reus editores; hasta Roxin (1991) y Jakobs (1997) se hace uso de las mismas categorías, no obstante los trascendentales cambios que han sucedido al interior de la dogmática penal entre el primero de ellos y los segundos. Sobre esto puede consultarse Silva (1992) y Mir (2003).

⁷⁴ Echeverry, Y. (2009). Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal. *Guillermo de Ockham*. 7(1), 123-151. Greco, L. (2017). Dolo sin voluntad. *Nuevo Foro Penal*. 13(88), 10-38.

⁷⁵ Como explica Reyes (2014) “En un intento por superar las contradicciones que envuelve esta curiosa inversión

consenso acerca de la estructura formal del concepto de delito, su contenido material se encuentra en gran parte bajo discusión.

El escenario descrito supone la inexistencia de definiciones o tesis incuestionables, lo que además explica que, frente a cualquier categoría que quiera estudiarse, deba elegirse entre tesis que tienen mayor o menor respaldo en la comunidad académica y mayor o menor correspondencia con el derecho positivo. Elección que además tiene lugar según las preferencias ideológicas y metodológicas del autor.⁷⁶

Como se mencionó antes, de estas categorías dogmáticas se han seleccionado dos que, a mi juicio, permiten dotar de contenido el estándar de prueba de la inferencia razonable de autoría, son las nociones de autoría y desvalor de acción. Esta elección obedece a que estos elementos de la teoría del delito son, primero, un indicio meritorio de la existencia de un comportamiento peligroso y no permitido para bienes jurídicos y su relación con un individuo determinado, y segundo, contribuyen a satisfacer las exigencias que desde la teoría del derecho procesal penal y del derecho probatorio debe cumplir un estándar de prueba para esta etapa del proceso penal.

Lo primero, esto es, que la prueba del desvalor de acción y la relación de autoría constituye un indicio meritorio de la existencia de un comportamiento de interés para el derecho penal será explicado suficientemente en el siguiente apartado, sin embargo es importante exponer aquí, por qué no es conveniente conformarse con la prueba de elementos que, dentro de la estructura de la responsabilidad penal se estudian en momentos anteriores a estos, por ejemplo la existencia de acción o la relación de causalidad, y por qué tampoco es conveniente – aunque fuera deseable- aumentar el grado de exigencia probatoria, por ejemplo, al demandar también la prueba del desvalor de resultado.

de factores en el estudio de la tentativa, SCHMIDHÄUSER invoca las bondades de su esquema teleológico del delito, de acuerdo con el cual la "decisión" de actuar posee una doble connotación: como representación de la finalidad que se persigue es un elemento de la tipicidad, y como consciencia del hecho y del injusto es un aspecto del dolo que forma parte integrante de la culpabilidad. La decisión que haría parte de la tipicidad sería entonces relativamente neutra, en cuanto si bien no comprende la consciencia del injusto, supone una intención dirigida a la continuación de una acción objetivamente peligrosa." (p.120).

⁷⁶ Esto es analizado por Cid y Moreso (1991) quienes explican que los teóricos del derecho penal incorporan diferentes premisas valorativas de orden político criminal en su construcción del derecho penal, sin embargo "Esta política criminal tendría como fuentes la normativa constitucional, principios fundamentales del derecho u otros puntos de vista ético-políticos defendidos por el jurista. La diversidad que admite lo anterior es la raíz de la existencia de diversas teorías del delito. Entre las diversas teorías se entablan una variedad de puntos de discusión; en cada uno de ellos existirá en cada momento teorías dominantes, la teoría dominante conformará, mediante su interpretación, la solución correcta" (pp.146-147).

Dentro de los filtros de la dogmática penal, el primero que se encuentra es el estudio de la acción – y desde luego lo que atañe también a la omisión-, son varios los objetivos que se pretenden con este concepto, dentro de estos se encuentra “el cometido de excluir todo lo que (...) no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico penal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior no sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, los delirios, etc.” (Roxin, 1997, pp. 234, 235)

Evidentemente esta finalidad del concepto de acción es de suma importancia, sin embargo situar en este nivel el EP para la imposición de la medida de aseguramiento no contribuiría en nada con el objetivo de racionalizar la aplicación de la detención preventiva, puesto que exigirle al ente fiscal que se limite a probar que no se está en presencia de un supuesto de exclusión de la acción, si bien es un requisito necesario de cara a establecer la responsabilidad penal, no ofrece, por sí mismo, buenas razones para creer que estamos en presencia de un comportamiento delictivo, además sería un filtro algo inoperante, toda vez que, me atrevo a afirmar, son pocos los fiscales que en un caso de ausencia de acción optarían por formular imputación de cargos.

La siguiente categoría, la tipicidad, es quizás la de mayor contenido de todas las que estructuran la responsabilidad penal, a esta se le atribuyen diversos cometidos, entre estos se cuenta una finalidad sistemática, una función dogmática y una función político criminal.⁷⁷

Ahora bien, no es este el lugar para explicar la teoría del tipo y sus funciones al interior de la teoría del delito, basta con decir que, desde el punto de vista sistemático, el tipo tiene como finalidad establecer el conjunto de elementos que permiten caracterizar un resultado como típico. Frente a los delitos de resultado material, que son por mucho los más frecuentes en

⁷⁷ De acuerdo con Roxin (1997) “En sentido sistemático el tipo abarca “el compendio o conjuntos de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata (...) el significado políticocriminal del tipo, que radica en su “función de garantía” (...) que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos que se adecuen por completo al principio *nullum crimen sine lege*” (...) Por último, una función dogmática autónoma del tipo, desvinculada de su función sistematica general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo.” (p.277).

nuestro país, es usual estudiar en la tipicidad la relación de causalidad y la imputación objetiva y subjetiva de la conducta.⁷⁸

Podría pensarse que probar la relación de causalidad entre una acción y un resultado sería válido como criterio para constituir el EP de Inferencia Razonable de Autoría, puesto que este es, indudablemente, un elemento trascendental a la hora de establecer responsabilidad penal. Sin embargo, valerse de este nexo causal, por sí solo, conllevaría a escenarios en los que se imponga una medida de aseguramiento por mera responsabilidad objetiva o que, en contraste, no pueda imponerse una medida en casos en los que, a pesar de advertirse una acción disvaliosa, la relación de causalidad, por su complejidad, necesite de un mayor esfuerzo probatorio para ser demostrada⁷⁹, lo que, en principio es incompatible con la etapa procesal en la que se ventila esta discusión. En conclusión, la relación de causalidad, considerada de forma aislada, no es adecuada para constituirse en el EP necesario para la imposición de una medida cautelar.

De igual forma, es importante mencionar que ir más allá en la estructura de la responsabilidad, al exigir por ejemplo la prueba del desvalor de resultado, sería contraproducente en la medida en que adolece del mismo inconveniente que la prueba de la relación de causalidad. Es decir, cuando se habla de la necesidad de probar el desvalor de resultado o de probar la plasmación del riesgo en el resultado – en la terminología de Roxin– se pretende ligar a través de un nexo causal y normativo la acción previamente desvalorada con el resultado efectivamente producido. Ello conlleva de manera implícita el tener que discutir probatoriamente la relación de causalidad, verificar si el riesgo creado es el mismo que se ha plasmado en el resultado, establecer que en los supuestos de incremento del riesgo permitido el resultado no se habría producido si este no se hubiera aumentado, entre otros sin fin de problemas atinentes a la imputación objetiva que demandan un esfuerzo probatorio que

⁷⁸ Al respecto, Roxin (1997), Mir (2005), Velásquez (2013).

⁷⁹ Puede pensarse en un caso de responsabilidad penal médica, frente al cual se tiene acreditado para las audiencias preliminares, que un médico general, sin especialización de ninguna clase, practicó un procedimiento quirúrgico de exclusiva competencia de cirujanos plásticos, en un lugar no idóneo para ello, al no contar con las medidas de bioseguridad necesarias, y durante el cual se produce el fallecimiento del paciente. En un caso como estos, será indudable que existe un desvalor de acción, sin embargo la relación de causalidad entre la acción del médico y el resultado lesivo requerirá, muy seguramente, de un informe pericial que tardará en realizarse y de un debate técnico científico cuyo escenario procesal es el juicio oral, por lo que demandar de la Fiscalía la prueba de la relación de causalidad en este escenario parece desproporcionado. Ahora bien, quiero aclarar que probar el desvalor de acción no conduce a la aplicación inmediata de una medida de aseguramiento, puesto que es necesario establecer el resto de requisitos exigidos por la ley para la imposición de la misma, los que seguramente llevarán en un caso como el anterior a la imposibilidad de aplicar la detención preventiva por innecesaria.

desbordaría el escenario de las audiencias preliminares y que haría de esta propuesta hermenéutica un ejercicio académico sin mayor utilidad en la práctica judicial.

Por su parte, el criterio del desvalor de acción y la relación de autoría no solo permiten resolver adecuadamente las objeciones que se han planteado en párrafos anteriores frente a la acción o a la relación de causalidad como posibles criterios para el EP, sino que además ofrecen buenas razones para considerar que en un caso concreto estamos en presencia de un hecho delictivo como se explicará a continuación.

5.2. Desvalor de acción y relación de autoría como criterios para la determinación de la inferencia razonable de autoría.

Aquí no es posible reseñar la evolución histórica de estas dos categorías, no obstante es necesario exponer a grandes rasgos su estructura dogmática, algunas de las discusiones que tienen lugar en relación con ellas y justificar por qué son necesarias para una correcta interpretación del estándar de prueba de la inferencia razonable de autoría.

Inicialmente se abordará el estudio del desvalor de acción, comenzando por una introducción al uso actual de este término en la teoría del delito, para continuar con una breve explicación acerca de por qué el fin que se asigna al derecho penal, bien sea la protección de bienes jurídicos o la vigencia de la norma, condiciona el contenido de esta categoría; finalmente se estudiará el juicio de desvalor de acción en concreto, desde una postura que propugna tanto por la protección de bienes jurídicos como por una aplicación racional y limitada del derecho penal.

5.2.1. La noción de *desvalor de acción*.

El concepto de *desvalor de acción* tiene una larga historia en la teoría del delito⁸⁰, no obstante es durante el auge de la escuela finalista alemana que adquiere un papel protagónico en la estructura de la responsabilidad penal⁸¹. En las primeras páginas de su libro *Derecho*

⁸⁰ Sobre ello Mir. S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: Editorial B de F.

⁸¹ “La teoría del desvalor de la acción ha sido promovida sobre todo por el finalismo, pues, como según su concepción la finalidad dirigida al resultado es ya elemento integrante de la acción (cfr. § 8, nm. 16), aquella ha de tener asimismo una importancia central para el tipo y el injusto. A esta concepción hoy dominante, que incluye el desvalor de la acción, se la denomina teoría del “injusto personal”, concepto este que también fue acuñado por el finalismo y cuya formulación clásica se encuentra en Welzel.” (Roxin, 1997, p.320) Hulaud (1995) explica también que “En el seno de la teoría finalista, en cambio, el desvalor del resultado deja de ser el eje del juicio de

Penal Parte General, Welzel (1970) explicaba “Toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto).” (p.11). Desde esta perspectiva, el finalismo, a diferencia de las escuelas que le precedieron, otorgó mayor importancia al juicio de desvalor de acto, ello en la medida en que la misión principal del derecho penal consistiría en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social, que se desconocen ya con las acciones desvaloradas jurídicamente, y solo subsidiariamente tendría lugar la protección de bienes jurídicos particulares, a través de la comprobación del desvalor de resultado.⁸² Como explica el propio Welzel (1979):

La consecuencia jurídico-penal más importante de la comprensión de que la acción no es un proceso meramente causal sino final, consiste en que hace posible percibir en la antijuridicidad no sólo el desvalor del resultado sino también el de la acción. Esto no puede hacerlo la doctrina de la acción causal, pues para ésta la antijuridicidad tiene que consistir exclusivamente en el desvalor del resultado, o sea la lesión del bien jurídico y no puede explicar el que la forma de ejecución de la acción sea ya esencial para el problema de la antijuridicidad. Esto es cierto no sólo para los delitos dolosos, sino también para los culposos. Precisamente en éstos se ha advertido que sólo cabe comprender correctamente su antijuridicidad sobre la base del desvalor de la acción. (pp.15-16).

En ese sentido, existe una compleja relación tanto dogmática como político criminal entre la teoría de la acción final y la función atribuida por esta escuela al derecho penal, que no puede ser desarrollada aquí, pero que lleva al finalismo a colocar mayor atención en el concepto de desvalor de acción, antes que en el desvalor de resultado⁸³.

antijuridicidad. Pues dado que, sobre la base del concepto final de acción, el dolo y la culpa pasan a integrar la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta comienza ahora a depender no sólo de la verificación de un resultado. Sino también de dichas modalidades subjetivas de realización de la conducta. Es decir, si la conducta ejecutada es lícita o ilícita ya no depende sólo del desvalor de resultado, sino también de si acaso es desvalorarle la realización misma de dicha conducta, por haberla ejecutado el sujeto con dolo o a lo menos con culpa.” (p.219)

⁸² “La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.” (Welzel, 1970, p.59).

⁸³ “Así, es sabido que el propio Welzel era de la opinión de que sólo la protección de los valores ético-sociales de la actitud interna, si bien es fin primordial del Derecho penal, podía ejercer adecuadamente el fin de protección de bienes jurídicos.” (Alcacer, 1998, p.370).

Es importante recordar que para la escuela en mención, la acción humana es un ejercicio de actividad final, no es simplemente la puesta en marcha de un proceso causal, sino que se basa en la capacidad que tiene el hombre de prever, dentro de ciertos límites, los resultados que puede alcanzar su comportamiento, en virtud de lo cual dirige su actividad, de conformidad con un plan preconcebido de cara al logro de tales fines. (Welzel, 1970, p.53).

Se reitera que, en esa medida, el injusto penal no es simplemente causación de un resultado lesivo, “la acción es antijurídica solo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico.” (Welzel, 1970, p.92)

Esta distinción defendida por el finalismo entre desvalor de acción y desvalor de resultado es parte integrante del injusto personal en la actualidad, de ella hacen uso tanto los principales autores del normativismo o funcionalismo actual, como aquellos otros que, sin entrar a forma parte de esta escuela funcionalista, han ido abandonando las bases del finalismo, particularmente el uso de estructuras lógico-objetivas y el concepto final de acción⁸⁴.

Desde dos puntos de vista teóricos diferentes y con consecuencias dispares, tanto Claus Roxin como Günther Jakobs se valen de los criterios de desvalor de acción y resultado para el estudio del injusto penal. El primero menciona al respecto que:

Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o

⁸⁴ Al respecto Jescheck y Weigend (2002) “El *desvalor de resultado* del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el *desvalor de acción* lo hace en la forma y modo de su comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las *modalidades externas* del comportamiento del autor como en las *circunstancias* que concurren *en su persona*. De ahí que se distinga entre el desvalor de acción *referido al hecho* y *al autor* (personal). Con la asunción por el tipo penal del *desvalor* de la acción y del resultado uno y otro se convierten en *injusto* de la acción y del resultado.” (p.257).

en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos (...) (Roxin, 1997, 320).

Mientras que Jakobs por su parte relata:

Se opera, en el contexto mencionado, con una distinción de los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado. En tanto que el desvalor de acción se entiende como desvalor de intención, y el desvalor de resultado como desvalor de hecho, se trata sólo de separar en el injusto la parte subjetiva de la parte objetiva. (Jakobs, 1997, p.204).

Es necesario reconocer que los efectos que estos autores atribuyen al desvalor de acción y al desvalor de resultado difieren de uno a otro, en el fondo lo que se encuentra es la discusión de antaño entre si el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos como defiende Roxin, o la protección de la vigencia de la norma, como sostiene Jakobs. Las consecuencias que ello tiene para la estructura del injusto penal y, por ende, para la propuesta del desvalor de acción como estándar de prueba de la medida de aseguramiento, obligan a tomar postura por una u otra de las tesis en disputa, por lo que es necesario detenerse en esta discusión.

Fin del derecho penal, desvalor de acción y desvalor de resultado.

El juicio sobre el injusto penal, en concreto el análisis del desvalor de acción y resultado, está condicionado por el fin que se asigne al derecho penal. Como se verá en el apartado siguiente el desvalor de acción tiene un componente objetivo y otro subjetivo. El objetivo hace referencia a la idoneidad o capacidad que tiene una acción para poner en riesgo un bien jurídico penal – lo cual puede establecerse de forma *ex ante* únicamente o de forma tanto *ex ante* como *ex post*- mientras que el subjetivo es un juicio de previsibilidad sobre el posible resultado de la acción.

Por lo general, los autores que entienden que el fin de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, exigirán la prueba tanto del desvalor de acción como del desvalor de resultado, mientras que aquellos que reconducen el injusto penal al quebrantamiento de la vigencia de la

norma consideran suficiente el desvalor de acción y, en las posturas más radicales, sería incluso suficiente el desvalor subjetivo de acción.⁸⁵

Usualmente cada una de las posturas doctrinales sobre el objeto de protección del Derecho penal se encuentra precedida por una postura política -más o menos determinada- de quien la propone acerca de los fines del Derecho penal, esta situación permea también lo referente al desvalor de acción y al desvalor de resultado, por ello es posible afirmar que el concepto de injusto penal, tanto formal como material, está sujeto a los fines que se le asignen al Derecho penal.

La tesis que defiende como fin la protección de bienes jurídicos, se rige normalmente bajo los postulados del liberalismo político⁸⁶, por lo que brinda prioridad axiológica a la libertad de la persona, lo cual conlleva importantes restricciones para el Estado al momento de pretender limitarla⁸⁷. Al mismo tiempo, exige esta corriente la necesidad de un deterioro a los intereses del individuo en sociedad, o lo que es igual, la naturaleza dañina del resultado de la conducta que se pretende castigar.

De cara al derecho penal, esta doctrina hace referencia a la necesidad de protección de las circunstancias necesarias para el desarrollo del individuo en condiciones de libertad, igualdad, etc. Privilegiando los derechos de libertad, corriendo incluso el riesgo de una posible vulneración por parte de terceros a los derechos de los demás, porque entiende que es un riesgo inherente a la vida en sociedad, y que el derecho no puede entrar a regular cada ámbito del ser humano; y es por ello que solo se justificará la intervención del derecho penal ante ocasiones

⁸⁵ Sobre esta discusión véase Sancinetti (1997), Jakobs (1997), Reyes (2014), Cadavid (2013).

⁸⁶ Esto ha sido reconocido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de mayo de 2009 Proceso 31362, donde se lee sobre el origen del principio de lesividad lo siguiente: “Este principio fue desarrollado a partir del pensamiento utilitarista del filósofo, político y economista inglés John Stuart Mill (1806-1873), que apareció por primera vez en el ensayo Sobre la libertad⁸⁶. De acuerdo con Mill: “[...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos [...] Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear esta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra [...] En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias”.

⁸⁷ “Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves” (Roxin, 2008, p. 122).

en las cuales se afecten de manera trascendental los derechos del individuo, lo cual tiene lugar única y exclusivamente cuando se afectan bienes jurídicos.⁸⁸

Acorde con ello ha surgido el principio de lesividad -en el derecho continental- y el principio del daño o *harm principle*⁸⁹ -en el derecho anglosajón- como limitantes axiológicos al poder legislativo, y guías interpretativas al resto de operadores jurídicos, con el fin de que se castiguen exclusivamente aquellas conductas que suponen un daño a los intereses del individuo en sociedad.

Hay que mencionar además, que dicha posición encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁰, quien al respecto ha dicho en sentencia C-939 de 2000 que:

(...) el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables.⁹¹

⁸⁸ “En un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. (...) Llamo bienes jurídicos a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Éstos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturaleza ideal (si lo fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales:” (Roxin, 2008, p. 123).

⁸⁹ El *harm principle* angloamericano ha estado destinado “prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos.” Von (Hirsch, A. 2007, p.40) Además en este sentido el *harm principle* coincide también -a grosso modo- con definiciones atribuidas al concepto de bien jurídico. Como explica Mir Puig, ya Von Liszt respondía a la pregunta sobre qué es el bien jurídico, diciendo que éste es una condición de vida jurídicamente protegida, que el derecho no crea, sino que encuentra y eleva a categoría jurídica. (Mir, 2002, p.112)

⁹⁰ Entre otras sentencias cabe resaltar la que declara la inconstitucionalidad del delito de Ultraje a emblemas o símbolos patrios, sentencia C- 575-09, en la cual se acude al bien jurídico como eje del análisis sobre la lesividad del comportamiento, y la idoneidad de la conducta tipificada por el artículo 461 del Código Penal, de donde se concluyó que “el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios no es idóneo para proteger la existencia y seguridad del estado porque la conducta en él tipificada no tiene la virtualidad de constituir una amenaza respecto de este bien jurídico.” Tal y como puede leerse en la sentencia.

⁹¹ Igualmente la Corte Constitucional en sentencia C- 420 de 2002 mencionó: “En el Estado Constitucional de Derecho, se parte de la consideración del ser humano como un ser digno, como un ser cuya instrumentalización, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, está vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: No se es digno ni en la esclavitud, ni en el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante, esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona. (...) En ese marco, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos. De allí que la tipificación de conductas penales constituya un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico. No obstante, tal límite sólo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de

Afirma también la Corte, en la misma sentencia, que el legislador ostenta un:

Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales (...) deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...).

Lo anterior no es solo un mandato jurisprudencial constitucional, es ante todo una consecuencia de tomar en serio el artículo 11 del Código Penal Colombiano, el cual establece que “para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione o ponga efectivamente en peligro*, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.” Sobre la importancia que tiene este artículo tanto para la teoría del delito como para la práctica judicial se ha pronunciado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del 13 de mayo de 2009 en proceso de radicado 31362 sustentó:

El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios”.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi que unánime la doctrina, al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias. (...)

De ahí que la función tanto crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal. Así lo ha precisado la Sala:

“[...] el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente”.

En contraste, la tesis que defiende la protección de la vigencia de la norma como fin del derecho penal, encuentra su fundamentación política en la concepción del Estado de Hegel, donde se prescinde del bien jurídico como criterio constituyente del delito, sustituyéndolo por la lesión de la comunidad en general, en razón del secundario lugar político que ocupa el individuo frente a la sociedad o el Estado⁹².

⁹²Al respecto véase, (Alcacer, R. 2003, p.36) (Soto, S. 2003, p.170 y ss).

Esta postura entiende que el Derecho es la piedra angular de las relaciones en sociedad, y que su acatamiento y respeto es una condición sin la cual no es posible la vida en comunidad, lo cual impone un deber de fidelidad al derecho por parte del individuo, y es así como la no obediencia a este, altera de por sí los requisitos de convivencia grupal, justificando automáticamente la intervención estatal, y en los casos más graves la del derecho penal, para restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado.⁹³

Como quedó suficientemente explicado, la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal permite una justificación externa de las restricciones penales, la cual se ha dado a través del ya mencionado principio de lesividad, por cuanto se justifican las prohibiciones “solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo (...)” (Ferrajoli, 2005, p.472). Por lo que, desde este punto de vista, tanto el desvalor de acción como el de resultado son criterios necesarios para afirmar la existencia del injusto penal.

Por el contrario el segundo de estos enfoques no permite una justificación externa de las sanciones penales, en tanto y en cuanto, estas protegen el acatamiento del derecho; en otras palabras, la vigencia de la norma, lo cual no conlleva dentro de sus elementos la verificación de la lesión de un bien fundamental externo al derecho, por lo que, por regla general asumen suficiente constatar la existencia de un desvalor de acción como criterio necesario y suficiente para la configuración del injusto penal, dejando el desvalor de resultado como mera condición objetiva de punibilidad⁹⁴ (Sancinetti, 1997), o entendiendo el resultado en términos estrictamente normativos como transgresión de una norma penal. (Reyes, 2014).

Ahora bien, no se trata de dos posturas extremas sin ningún vínculo entre ellas, por el contrario existen autores como Alcacer Guirao que resaltan la importancia que tiene la

⁹³ No es que desde este punto de vista los bienes jurídicos sean irrelevantes, sino que mediante la protección de la vigencia del derecho se garantiza a su vez la protección de dichos bienes. “Cuando una norma provee de protección normativa a un bien de titularidad individual (vida, salud, libertad, patrimonio), primordialmente está protegiendo las condiciones de disfrute de ese bien dentro de un contexto social, esto es, con unos parámetros de mínima seguridad normativa y de una fiable confianza en la vigencia de la norma.” (Polaino-Orts, 2010, p.173).

⁹⁴ Como mencionan Jescheck y Weigend (2002) “En parte, y sobre la base de una teoría del injusto entendida de un modo puramente final, se llega incluso a defender el punto de vista extremo de que sólo la voluntad de la acción fundamenta el injusto y que el desvalor de resultado no posee significado alguno para aquél; este último sólo habría sido asumido por el legislador en las disposiciones penales porque no existe ninguna necesidad de pena sin una manifestación exterior del desprecio a la prohibición. Por tanto, según esta concepción el acaecimiento del resultado es sólo una condición objetiva de punibilidad” (p.256).

protección del derecho en sí mismo como fin del derecho penal, siempre y cuando esto suponga un aseguramiento de aquellas expectativas normativas que son indispensables para el ejercicio de la libertad personal y el desarrollo de los intereses del individuo⁹⁵, y además el objeto directo de protección del derecho penal sea en todo momento el bien jurídico, lo anterior por cuanto:

Mientras la efectiva protección de bienes jurídicos llevará siempre a la protección de la vigencia de las normas, porque el fin es que éstas sean de facto respetadas, el cometido de la protección de la vigencia, si bien puede llevar a quienes ya parten de un respeto previo a mantenerse en el mismo, no implicará *per se* la efectiva protección de los bienes jurídicos, sino sólo la creencia en que ello se produce. Materialmente, entonces, la satisfacción de ambos cometidos sólo podrá realizarse cuando se erija en fin primordial el de protección de bienes jurídicos. (Alcacer, 1998, p.575).

Como se mencionaba inicialmente, renunciar a la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal ha llevado a algunos autores⁹⁶, como Sancinetti, a desechar las nociones de desvalor objetivo de acción y de desvalor de resultado. Los argumentos que este autor desarrolla en sustento de su tesis son bastante extensos, entre ellos se encuentra una crítica a la capacidad de protección que tiene el derecho penal de los bienes jurídicos.

⁹⁵ “El ejercicio en la vigencia del Derecho puede entenderse, estructuralmente, como un mecanismo «autorreferencial», mediante el cual el Derecho, por decirlo así, se afirma a sí mismo, restableciendo el estado de confianza existente antes de la realización de un delito. Pero ello, frente a algunas posiciones críticas, no debe entenderse como un ejercicio vacío, desprovisto de fines «externos» al Derecho mismo; por el contrario, ha de reiterarse que el mantenimiento de la seguridad de que en las relaciones sociales los ciudadanos no verán vulnerados sus intereses supone para los mismos un importante bien: la seguridad de las expectativas normativas juridificadas se erige en condición relevante de la libertad individual, puesto que permite un desarrollo de sus intereses personales en condiciones de paz y tranquilidad. Por ello, como se afirmó, la protección de la vigencia del ordenamiento –entendido como conjunto de expectativas generalizadas de confianza- ha de ser un fin legítimamente perseguido por un Derecho penal liberal y democrático.” (Alcacer, 1998, p.574).

⁹⁶ “Con todo, un sector minoritario de la doctrina –destacan ZIELINSKI, SANCINETTI, KAUFMANN y, hasta hace algunos años, MIR PUIG- habría introducido desde hace algunas décadas un criterio alternativo al mayoritario, según el cual, fruto principalmente del desarrollo de las tesis finalistas, el fundamento de lo injusto penal se hallaría exclusivamente en el desvalor de acción. (Casas, J. 2015, p.214). “Según estos últimos, lo que realmente resultaría de interés para el Derecho penal en su búsqueda por la esencia de lo ilícito se hallaría en el sentido o el valor que expresarían las acciones sometidas a enjuiciamiento, abstracción hecha de los resultados que de dichas conductas pudieran haberse derivado. Según los partidarios de esta tesis, si bien es cierto que los objetos gozarían de una realidad objetiva preexistente al Derecho y valorativamente neutra, al entrar en contacto con el mundo jurídico se preñarían de un sentido convencionalmente dado y por lo tanto de valor jurídico-social, de ahí que la incrustación del objeto en la estructura jurídico-social, través de un proceso de contextualización, determine de entre los múltiples sentidos que pudieran asignársele cual debe ser el correcto.” (Casas, J. 2015, p.214).

El punto de partida de que la ley puede *prevenir* daños supone un modelo de norma penal que tiende a la *disuasión* de la conducta desviada, es decir, supone que la amenaza de una sanción tiene un sentido contramotivador. Ahora bien, en el momento en que la norma *disuade*, o "*quiere*" *disuadir*, *prevenir*, la conducta no ha causado aún ningún daño; se trata de disuadir del daño que la acción *podría* causar. Por tanto, de la premisa de que la ley debe prevenir perjuicios a terceros, y de que la acción a disuadir debe ser de aquellas que la ley trató de prevenir, no se deriva ninguna conclusión a favor de la relevancia del resultado posterior, todo lo contrario: el modelo de disuasión sólo exige lo siguiente: *tú no debes realizar un comportamiento del que se pueda derivar un perjuicio a terceros*. (Sancinetti, 1997, p.23).

Desde este punto de vista exigir la afectación de un objeto –bien jurídico- para legitimar la imposición de determinado *quantum* de pena no tiene ningún sentido, puesto que si el objeto de protección del derecho penal es justamente el bien jurídico ¿Qué protección de este puede brindar la sanción penal cuando el mismo ya ha sido afectado? Lo coherente – sostiene este autor- sería reaccionar más fuertemente contra la tentativa, toda vez que en estos casos el objeto de la acción disvaliosa todavía puede ser protegido. (Sancinetti, 1997).

Aún con lo sugerente que parece ser el argumento anterior, la tesis que entiende el injusto como mero desvalor de acción continúa siendo minoritaria en el debate dogmático actual, se le critica, entre otras cosas, la reducción de la norma penal a una simple norma de determinación⁹⁷, su incapacidad para satisfacer algunos de los fines de la pena, su renuncia a establecer una verdadera antijuridicidad material en los casos concretos⁹⁸, las dificultades que

⁹⁷ “No es efectivo que la doctrina monista-subjetiva de lo injusto sea la única compatible con una concepción imperativista de la norma penal, pues a lo único que obliga la concepción imperativa es a no conformarse con la presencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico para fundamentar positivamente la antijuridicidad pero de allí no se sigue que el desvalor de acción deba ser el único criterio de antijuridicidad, ni mucho menos que deba negarse toda incidencia del desvalor de resultado en la fundamentación del injusto.” (Hulaud, 1995, p.222). Jescheck y Weigend (2002) sostienen que “El injusto no sólo consiste en la rebelión contra el mandato normativo, sino que también reside en la producción del daño social que el ofendido y la comunidad sufren a través del hecho, y que debe ser evitado a través de la prescripción de la norma. Pero también político-criminalmente la segregación del ámbito del injusto del desvalor de resultado conduciría a resultados insatisfactorios. De este modo, en el hecho doloso deberían ser asimilados la tentativa acabada y su consumación y en el delito imprudente debería estar penalizado todo comportamiento contrario al deber de cuidado.” (p.257).

⁹⁸ “El concepto material de bien jurídico está íntimamente vinculado a la idea de la antijuridicidad material, frente a la mera antijuridicidad formal propia del positivismo jurídico. Si en la antijuridicidad formal el factor esencial lo constituye la infracción del deber que emana de la norma penal entendida como norma de determinación; en cambio, el factor constitutivo de la antijuridicidad materia es básicamente el daño, esto es, el efecto externo, objetivamente constatable, de la conducta contraria a la norma, percibido como una afección intolerable de los presupuestos básicos para la convivencia social.” (Soto, 2003, p.282).

supone para distinguir el ilícito penal del ilícito administrativo, la posible confusión entre derecho y moral, la punición de la tentativa inidónea a la que conlleva lógicamente y lo inviable de la misma al encontrarse con ordenamientos jurídicos –como el colombiano- que consagran tanto el principio de lesividad como la protección de bienes jurídicos dentro de los principios informadores del sistema penal.

Por otro lado, dentro de los autores que defienden la pertenencia del desvalor de resultado al injusto se encuentra Soto (2003), quien ha reivindicado la importancia de esta categoría incluso en aquellos delitos en los que pareciera poco probable poder constatar la lesividad de una conducta en un caso concreto, me refiero aquí a los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. Al respecto reseña esta autora que:

Si la antijuridicidad penal se justificara por la mera actuación contraria a un valor (desvalor de acción), ello conduciría a una inaceptable “perversión” de la función protectora del derecho penal, en cuanto éste tutelaría puros valores en sí mismos, cuya vigencia, por lo demás, no depende de la sujeción a conminación (ni siquiera penal) de acciones individuales. (p.290).

En igual sentido Cadavid Quintero expone que:

Tanto desde la perspectiva político-criminal, como desde la estrictamente dogmática, la opción de atribuir al desvalor de resultado el carácter de elemento estructural y fundante del injusto, resulta bastante más satisfactoria que la opción que le niega dicho carácter. Sostener que el resultado es obra de la actuación del sujeto y constatar el desarrollo de una estructura conceptual que de manera satisfactoria posibilite la vinculación del hecho con la actuación, incluso aunque se considere que el objeto primario de prohibición de las normas penales es el comportamiento humano, como en efecto lo es, es una postura más coherente que la que niega al resultado dicho papel. (Cadavid, 2013, p.28).

Como menciona el citado autor, sostener que el resultado pertenece al injusto penal es una postura mucho más coherente siempre y cuando se parta de unas premisas mínimas como lo serían, primero, defender la protección de bienes jurídicos como fin primario del derecho penal y segundo, exigir como elemento integrante del injusto el análisis de la antijuridicidad material en virtud del principio de lesividad. Como quedó claro en párrafos anteriores, estas premisas

son reconocidas por la Ley penal colombiana y, por mandato jurisprudencial, su aplicación debe extenderse no solo al legislador en su proceso de criminalización primaria sino a todos los operadores jurídicos, especialmente a los jueces de la República.

Tomada en serio, esta postura facilita restringir el uso del derecho penal, y con ello, el de la detención preventiva. Es que, la dogmática penal no puede permanecer ciega y neutral ante las consecuencias que sus desarrollos tienen en la sociedad, más aún en un país como Colombia cuyo sistema carcelario ha dado lugar a un estado de cosas inconstitucional y a una violación sistemática de derechos humanos que obliga a preguntarse por los efectos que una postura acarrea; en cierta medida, construir una dogmática que extiende injustificadamente el alcance del derecho penal es contribuir con la violación de derechos.

Como se mencionó en párrafos anteriores, son muchas las razones por las cuales defender el desvalor de resultado en la estructura del injusto penal, razón por la que en este trabajo se apuesta por la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal, además se concibe al principio de lesividad como núcleo interpretativo de toda actuación penal, toda vez que se constituye en un límite real al ejercicio del poder punitivo del Estado. Restricción que, por ejemplo, no se haya en las tesis que reducen el injusto al mero desvalor de acción.

Se ha llegado a la conclusión de que si el objeto de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, el desvalor de acción necesita siempre de un desvalor de resultado bien sea de puesta en peligro o de lesión, para afirmar la existencia de un injusto penal⁹⁹. Además, será necesario probar que existe tanto un desvalor objetivo como subjetivo de acción, toda vez que conformarse con exigir el solo desvalor subjetivo de acción es renunciar indirectamente a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como se dijo, el desvalor de acción integra junto con el desvalor de resultado el injusto penal, y a pesar de que ambos son necesarios de cara a establecer la responsabilidad de un

⁹⁹ Si lo expuesto no fuera suficiente para sustentar esta conclusión, se tiene que ello es además un mandato jurisprudencial. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia varias veces citada del 13 de mayo de 2009 concluyó: “En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.”

individuo por un comportamiento determinado, el papel del desvalor de acción es de tal importancia que ante su inexistencia se exime de responsabilidad penal a quien causalmente ha dado lugar a la ocurrencia de un resultado lesivo. Lo que en otras palabras quiere decir que, a pesar de la existencia de un desvalor de resultado, si no existe desvalor de acción no hay lugar a responsabilidad penal.

En la doctrina existen diferentes posiciones acerca de los criterios necesarios para establecer el juicio de desvalor de acción, los cuales están supeditados, como se explicó en párrafos anteriores, al fin que se atribuya al derecho penal, de ahí que estos difieran si se adopta como fin de protección la vigencia de la norma o la tutela de bienes jurídicos.

Por ejemplo, para un defensor de la vigencia de la norma como fin de protección del derecho penal como lo es Sancinetti, en el desvalor subjetivo de acción se agota la capacidad de motivación – determinación- que tiene la norma penal. La realización de todos los actos que el autor cree necesarios y suficientes para la consecución de un resultado – sin necesidad de que exista siquiera una idoneidad *ex ante* y mucho menos *ex post*- es prueba suficiente del quebrantamiento de la norma. El agotamiento de la acción fija ya un grado de injusto y de culpabilidad que no varía ni en razón de las circunstancias objetivas que rodean la realización del comportamiento ni mucho menos en si se alcanza el resultado lesivo ¹⁰⁰.

Por otro lado, quienes defienden la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal exigen que el desvalor de acción esté compuesto, no solo por el desvalor subjetivo sino también por un desvalor objetivo a partir del cual se constate la peligrosidad de la acción llevada a cabo, sobre esto se volverá adelante. Frente al primero de ellos, esto es, el desvalor

¹⁰⁰ “Una gran parte de la doctrina presupuso siempre que el concepto de “norma de valoración” permitía alcanzar al desvalor de la situación de hecho objetiva, incluido el resultado del hecho, mientras que la “norma de determinación” sólo podía alcanzar a la motivación defectuosa. Pero el sujeto puede determinarse, en todo caso, a realizar la conducta debida o a quebrantar la norma. No puede lograr una “motivación extra” para alcanzar el desvalor de la situación de hecho objetiva. Él parte de la base de que la situación de hecho objetiva “existe efectivamente” o “puede existir”. Por tanto, formular un reproche “extra”, es decir, considerar que el ilícito y la culpabilidad aumentan, después de que el autor ya se ha determinado, por las consecuencias posteriores a su motivación defectuosa o por la existencia “real” de la situación de hecho objetiva representada por el autor es formular un reproche que ya no tiene base en el principio de culpabilidad ni en el carácter motivador o disuasivo de la norma penal. Pues, al momento de realizar la conducta, el sujeto ya se ha motivado todo lo que podía en una dirección antijurídica” (Sancinetti, 2017, p.6). Explica Felipe de la Fuente Hulaud (1995) “La antijuridicidad de la acción, entonces, no se ve afectada por la efectiva concreción del riesgo implícito en ella. Es más, si el resultado efectivamente llega a verificarse, no añadirá nada a la antijuridicidad de la conducta. Por eso, en este contexto el resultado ocupa solo el lugar de una condición objetiva de punibilidad, ubicada a nivel de tipicidad, pero fuera del tipo de injusto propiamente tal, por no ser objeto de la desvaloración.” (p.221).

subjetivo de acción, tradicionalmente se ha hecho uso de la noción de previsibilidad para establecer su existencia en un caso concreto, de lo que se trata es de aclarar si el sujeto activo de la conducta – de acuerdo con las circunstancias existentes- podía prever que su acción era idónea para lesionar o poner en peligro un bien jurídico determinado y, que a pesar de dicha previsión, decidió llevar a cabo la misma.

La valoración desde la perspectiva *ex ante*, supone que el deber de conducta (o de cuidado) se determina en atención a lo que se hubiera representado un observador objetivo ubicado en la posición del autor, que cuente con la información y las capacidades presupuestadas por el ordenamiento para la realización de esa conducta en el correspondiente sector de tráfico jurídico, más los conocimientos y habilidades especiales en posesión del agente. (Cadavid, 2013, p. 40).

Como es evidente, el juicio de previsibilidad versa sobre los resultados posibles de la conducta, de lo que se trata es de reprocharle al sujeto que a pesar de estar en la capacidad de anticiparse al resultado lesivo continuara con la ejecución de su comportamiento. Su importancia es tal, que, incluso en los delitos de peligro abstracto, en los que el resultado de lesión se presenta como una posibilidad remota, es necesario considerar la previsibilidad del mismo para el autor.¹⁰¹

Ahora bien, no obstante la importancia que el concepto de previsibilidad ha tenido para el derecho penal, en la actualidad es objeto de importantes críticas, como explica Cadavid (2013):

De la previsibilidad se ha dicho que resulta ineficaz para determinar la extensión de la punibilidad, no solo porque en ella no tienen cabida los factores atinentes a la licitud del riesgo, sino porque en la práctica todo es previsible; también se ha manifestado que el de previsibilidad es un concepto que podría conducir a la aplicación de soluciones *versaristas*, inaceptables en un Derecho penal moderno. (p.45).

¹⁰¹ Al respecto Blanca Mendoza (2002) explica para los delitos de peligro abstracto que “La cuestión de la creación de un riesgo jurídicamente relevante se enjuicia desde la perspectiva *ex ante*, siendo determinante si un observador objetivo con los conocimientos del autor hubiera considerado arriesgado el comportamiento correspondiente, es decir, básicamente lo mismo que se designa como la previsibilidad objetiva de la imprudencia, o el juicio de peligrosidad o idoneidad en la tentativa.” (pp. 76-77)

Creo importante resaltar que el concepto de previsibilidad no debe ser equiparado al de probabilidad, puesto que, mientras la previsibilidad es una noción normativa que atañe a la capacidad que tiene un individuo de anticipar psíquicamente los efectos esperados de su actuación y con base en ello adecuar su comportamiento, la probabilidad es más un concepto estadístico a partir del cual es posible calcular la “razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles”¹⁰² por lo que, en términos estadísticos es factible calcular la probabilidad de ocurrencia de cualquier resultado, la cual será mayor o menor según las circunstancias que concurran.

Cuando se confunde el concepto de previsibilidad con el de probabilidad es cuando se corre el riesgo de llegar a soluciones *versaristas*, puesto que, si bien todo es probable no todo es previsible, me explico, hoy es posible calcular la probabilidad del impacto de un asteroide contra la tierra, sin embargo nadie toma decisiones futuras con base en esta probabilidad, a pesar de que la misma es cierta, es tan ínfima que el común de los ciudadanos la damos por inexistente. El de *previsibilidad*, al ser un concepto normativo, parte de lo que usual y regularmente ocurre¹⁰³, de ahí que, como el impacto de un asteroide no es lo que usual y regularmente ocurre, lo damos por imprevisible.

Por otro lado es necesario considerar el desvalor objetivo de la acción, y es que, como relata el autor que hemos venido siguiendo, en la actualidad se continúa haciendo uso de la noción de previsibilidad al interior de la teoría del delito, sin embargo existen junto a esta otros criterios que van ganando cada vez más importancia, como el concepto de riesgo no permitido y su análisis desde la perspectiva *ex ante*. (Cadavid, 2013, p. 48).

El concepto de *riesgo* ha cobrado un papel protagónico en la moderna teoría del delito, a partir de la reconfiguración que de la tesis de la imputación objetiva realizó Claus Roxin, y su división entre creación de un riesgo jurídicamente desaprobado – *desvalor de acción*- y plasmación del riesgo en el resultado – *desvalor de resultado*-, este concepto se ha hecho imprescindible cuando se aborda el estudio del injusto penal.

¹⁰² <https://dle.rae.es/?w=probabilidad> Consultado el 03 de marzo de 2020.

¹⁰³ Al respecto, véase Rojas, S. y Mójica, J. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Universitas*, (129), 187-235.

En relación con el desvalor de acción el concepto de riesgo abarca puntos de análisis que escapan al juicio de previsibilidad, por lo que algunos autores han renunciado a éste para adoptar exclusivamente el estudio del riesgo como criterio para establecer el desvalor de acto. Como se verá a continuación ambos criterios son compatibles, y más importante aún, puestos en conjunto conllevan a una mayor restricción del poder punitivo del estado.

Ahora bien, establecer que una acción es riesgosa para un bien jurídico, es lo mismo que comprobar si una acción está en capacidad de generar un peligro para un interés protegido en particular. Sobre la definición de peligro existen diversas tesis en la doctrina actual, no obstante, antes de mencionar algunas, es conveniente adoptar la distinción planteada por Hirsch (1996) entre peligro y peligrosidad¹⁰⁴. Según este autor,

Lo mejor sería que el término dogmático de “peligro” se reservara para la situación que se refiera al estado en el que se encuentra un bien, esto es, el entorno conceptual que precede a un daño (lesión) y que aparece como situación de peligro en el estado de necesidad y como resultado de peligro en los delitos de peligro concreto. El término “peligrosidad” debería, contrariamente, aparecer sólo en el sentido de implicación de riesgo de una conducta o también como peligrosidad de una situación, de donde se desprende que consiste en un juicio *ex ante* desde la perspectiva considerada, y no en el comienzo de un peligro. (p.516).

De acuerdo con esta distinción, el peligro es una situación en la cual se encuentra un bien jurídico, o cuando menos, la situación hacia la cual se dirige si el sujeto activo continúa realizando los actos ejecutivos. El *estado* de peligro resulta de la totalidad de las circunstancias que rodean al bien jurídico en el caso concreto, su determinación tiene lugar de manera *ex post* y podría ser suficiente en algunos casos para castigar por tentativa. Por el contrario, establecer la peligrosidad de una acción supone preguntarse por las circunstancias existentes al momento de su realización, las cuales pueden variar durante su ejecución, por lo que se está en presencia

¹⁰⁴ “Normalmente, se habla de peligrosidad si el juicio de peligro “como capacidad de producir efectos dañinos” se remite a comportamientos realizados y se fija en sus especiales calidades o cualidades. En este sentido se habla de peligrosidad como calificativo de una conducta. (...) Por lo que se determina que su examen se ha de realizar desde una perspectiva *ex ante*, al momento de su realización. Este análisis permite observar las cualidades del comportamiento que se realiza y no un estado diverso e independiente de él. De este modo, se separa la peligrosidad como cualidad de la conducta del peligro como situación propia o forma de resultado.” (Vargas, 2007, p.219).

de un proceso dinámico frente al cual es necesario tener en cuenta diversos factores como la idoneidad en abstracto de la acción para generar un peligro, las capacidades del sujeto que realiza la acción para controlar el peligro que se genera con la misma, entre otra serie de criterios que han dado lugar al surgimiento de diversas tesis sobre el concepto de peligrosidad y su determinación en el caso concreto, dentro de estas se encuentran las teorías subjetivas y objetivas del peligro y, la que a nuestro juicio resulta más adecuada, la *teoría normativa de peligro*.

Como explica Corcoy (1999) para las teorías subjetivas “el peligro es fruto del desconocimiento de las leyes causales, el peligro sólo existe en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, no real, del mundo basada en la experiencia, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos.” (p.32). Desde este punto de vista el peligro no preexiste al ser humano sino que es la consecuencia de su actuar negligente o equívoco, por lo tanto, al momento de enjuiciar si una acción es o no peligrosa no se está declarando la presencia de un peligro ya existente, sino que se está evaluando si una acción es o no peligrosa desde el punto de vista de un observador medio, lo que puede conducir a afirmar la peligrosidad de una acción solo como consecuencia de que en el pasado esa clase de acciones se han tornado peligrosas para bienes jurídicos, lo cual implica, indirectamente, renunciar a verificar si en el caso concreto la acción enjuiciada fue o no peligrosa para el supuesto particular. En palabras de Corcoy (1999) “La existencia del peligro surge pues de un juicio ex ante subjetivo, aun cuando sea desde la perspectiva del hombre medio, según la cual una acción es peligrosa cuando ex post no conocemos las razones por las que no se ha producido el resultado, teniendo estos juicios, al repetirse respecto de situaciones similares, una pretensión generalizadora.” (p.33).

A diferencia de las teorías subjetivas, las objetivas entienden que ciertas acciones pueden ser calificadas de forma generalizada como peligrosas, para ello se valen de criterios probabilísticos, a partir de los cuales concluyen que determinadas acciones encarnan una posibilidad objetiva de producción de un resultado lesivo, toda vez que aumentan significativamente su probabilidad de ocurrencia. Esta tesis, en el campo de los delitos de peligro abstracto ha dado lugar a la teoría de la peligrosidad general como motivo de tipificación, como refiere Mendoza (2002) desde esta tesis

se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una

consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa. En esta ocasión ello se opera a través de una *presunción* de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el típico implica, en todo caso, la producción de un peligro o, en otras versiones, al menos la peligrosidad de la propia acción típica. (p.46).

Dentro de las principales críticas que se le formulan a esta teoría es que “la teoría objetiva del peligro es válida en la medida en que es cierto que al aumentar el peligro es mayor la probabilidad de lesión, pero con ello no se ofrece un concepto de peligro sino de lo que significa el peligro, es decir, aumento de la probabilidad de lesión.” (Corcoy, 1999, p.34). Más importante aún es que esta tesis induce a pensar que es innecesario comprobar el peligro que una acción genera en un caso concreto, puesto que este juicio ya habría sido realizado por el legislador, lo cual supone “imponer una pena sólo por haber llevado a cabo una conducta por su pertenencia a una *clase* de conductas que generalmente o típicamente conllevan peligros o causan lesiones.” (Mendoza, 2002, p.43).

Como respuesta a los inconvenientes que presentan las anteriores teorías, y habida cuenta que la noción de peligro es esencial para la estructura del delito, en la actualidad se ha optado por construir desde lo jurídico un concepto propio de peligro, en el entendido de que el peligro en el derecho es también una noción valorativa que se encuentra ligada estrictamente al juicio de tipicidad que se realiza sobre la acción, por lo que no interesa la calificación en abstracto de ciertas conductas como peligrosas, sino que es necesario considerar todas las circunstancias que rodean su ejecución. Esto no quiere decir que no existan comportamientos *ex ante* peligrosos, sino que su relevancia viene dada no por este hecho, sino por la valoración jurídico penal que se hace de este.

Desde esta teoría “El peligro normativo, se concibe como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal, debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad para que esté legitimada la consideración de típica de esa conducta.” (Corcoy, 1999, p.51). Ahora bien, para establecer tal probabilidad muchos autores acuden a leyes estadísticas, por lo que aquí vuelve a cobrar importancia el criterio de la previsibilidad, en el entendido, como se explicó antes, que la simple probabilidad no es suficiente para afirmar la previsibilidad de un resultado, por lo tanto, la determinación de la peligrosidad de una acción “exige una valoración y esta valoración, aun cuando tenga como base leyes estadísticas de probabilidad, no puede ser

ontológica sino normativa puesto que la norma penal sólo pretende prohibir peligros que pudieran haber sido conocidos por el autor en el momento concreto, de acuerdo con las circunstancias concretas que concurrieron en el hecho.” (Corcoy, 1999, p.53).

Corresponde ahora preguntarse, cómo comprobar si un individuo en un caso concreto conocía – o estaba en la obligación de conocer- que su acción tenía la capacidad de generar un resultado lesivo. Por regla general la determinación de lo jurídicamente previsible tiene lugar desde el punto de vista de un observador objetivo, quien situado en el lugar del autor y de manera *ex ante*, evalúa la peligrosidad de la acción frente a un bien jurídico determinado y si la ocurrencia del resultado es o no previsible; al respecto, la doctrina actual debate sobre las circunstancias que deben tomarse en cuenta para enjuiciar la peligrosidad y previsibilidad de una acción, por un lado hay quienes afirman que al observador objetivo debe dotársele del conocimiento de todas las circunstancias que concurren, aun cuando *ex ante* no pudieran ser conocidas; por otro lado están quienes defienden que solo deben tenerse en cuenta las circunstancias que podían ser conocidas por el autor al momento de realizar la acción¹⁰⁵.

La discusión mencionada en el párrafo anterior es imposible de desarrollar aquí, toda vez que por su extensión alejaría este texto de sus objetivos declarados, por lo tanto, se remite a la obra que hemos venido citando para su profundización. (Corcoy, 1999). No obstante, es cardinal aclarar que para establecer la peligrosidad real de una acción es válido dotar al espectador objetivo de todas las circunstancias concurrentes al momento de realización de la acción, tanto las que pueden ser conocidas *ex ante* como aquellas de las que solo se comprueba su existencia *ex post*, esto, permite descartar la peligrosidad de una acción que *ex ante* parece idónea pero que *ex post* se comprueba su ineficacia, lo que, desde una tesis que defiende la protección de bienes jurídicos por encima de la protección de la vigencia de la norma, facilita descartar el castigo de la tentativa inidónea en cualquiera de sus configuraciones.

De lo que se trata es de castigar solo aquellas acciones que alcanzan un desvalor de resultado, bien sea de lesión o de puesta en peligro de bienes jurídicos, de ahí que la punición de la tentativa inidonea, entendida como una acción que ni siquiera está en capacidad de generar

¹⁰⁵ “En general la perspectiva *ex ante* pone al espectador objetivo en la posición del autor o toma su punto de vista, mientras que la perspectiva *ex post* se remite al momento del juicio. De modo que estas perspectivas se remiten a momentos distintos y cada momento delimita el nivel de conocimientos requeridos. Situarse en la perspectiva *ex post* implica recurrir a circunstancias posteriores a la conducta del agente, empleando conocimientos existentes al momento en que se realiza el juicio.” (Vargas, 2007, p. 224)

objetivamente un resultado de peligro, no se encuentre justificada sino desde posturas que defienden un desvalor de acción meramente subjetivo¹⁰⁶ y que además postulan que el fin de protección del derecho penal es la vigencia de la norma¹⁰⁷.

Retomando el hilo de la discusión, se tiene que dentro de los criterios necesarios para establecer la peligrosidad de una acción, está desde luego la peligrosidad estadística, sin embargo, junto a esta es necesario situar las capacidades y cualidades del autor en el caso concreto, el nivel de riesgo permitido, el papel de la víctima, su posible consentimiento, etc. Todo ello queda mejor comprendido si se acude al primer eslabón de la imputación objetiva, puesto que la creación de riesgos jurídicamente desaprobados es un criterio que la doctrina ha desarrollado profundamente, y que se ha extendido más allá de los delitos de resultado material, puesto que su capacidad explicativa abarca también los delitos de peligro concreto y abstracto¹⁰⁸.

En lo que toca con el juicio de previsibilidad – desvalor subjetivo de acción-, si se quiere respetar el papel motivador de la norma penal y con ello el principio de responsabilidad penal subjetiva, solo será adecuado valorar las circunstancias conocidas o conocibles por el autor en el momento en que se aprestaba a realizar la acción¹⁰⁹.

Hasta aquí es posible señalar que calificar una acción como disvaliosa supone establecer i) un desvalor objetivo a través de la determinación de la peligrosidad de la acción, lo cual debe probarse no solo mediante criterios estadísticos sino mediante la consideración de todas las

¹⁰⁶ No es posible sustentar coherentemente la punición de la tentativa inidónea sin renunciar al desvalor objetivo de acción, puesto que desde un punto de vista que lo considere indispensable “La *peligrosidad* de la *conducta* se entiende *elemento imprescindible del injusto* y sólo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el *desvalor objetivo material* de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto.” (Mendoza, 2002, p.70)

¹⁰⁷ En relación con el fundamento de punición de la tentativa inidónea véase Reyes (2014).

¹⁰⁸ Al respecto Mendoza (2002) advierte “Para valorar *individualmente* si la conducta es *típicamente relevante* y *materialmente antinormativa* puede resultar especialmente oportuna y útil la aplicación de ciertos criterios de la **teoría de la imputación objetiva**, ya que se comparte la idea de que ésta se ocupa de la determinación de las propiedades *objetivas y generales* de un comportamiento imputable, es decir, constituye una *teoría del tipo objetivo* y no primariamente una cuestión de imputación de resultados. En definitiva, puede justificarse el recurso a la misma, fundamentalmente, aunque no sólo, porque constituye la construcción actualmente en mejores condiciones para fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos.” (p.72).

¹⁰⁹ “Cuando el juicio se dirige a la conducta, es común afirmar una prognosis posterior ex ante, ubicando al juez en lugar del autor. Desde esta perspectiva, son relevantes los conocimientos que tenía el autor al ejecutar la conducta y no los posteriores ella, aunque revelen su “real peligrosidad”. No es la peligrosidad natural la que interesa sino aquella objeto de la norma penal, que se aplica aun determinado contexto práctico.” (Vargas, 2007, p.227)

circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean la ejecución de la acción, sin importar si se conocen de forma *ex ante* o si solo se aprecian de forma *ex post*; ii) un desvalor subjetivo mediante el cual se prueba la previsibilidad del resultado en el caso concreto, lo cual debe enjuiciarse teniendo en cuenta solo las circunstancias existentes al momento de ejecución de la acción y que sean conocidas o pudieron -y debieron- ser conocidas por el autor.

Conjugando ambos criterios se llega a la conclusión de que una acción que aparece *ex ante* como peligrosa pero que *ex post* no alcanza ni tan siquiera el resultado de peligro, no podrá ser castigada penalmente, por más que al momento de su realización cualquier espectador objetivo la considerara peligrosa; de igual forma, una acción que *ex ante* no aparece como peligrosa pero que *ex post* da lugar a un resultado lesivo tampoco podrá ser castigada penalmente, puesto que dicho resultado debía ser previsible en el caso concreto, lo cual no tiene lugar cuando *ex ante* no puede afirmarse la peligrosidad de la acción.

Es necesario aclarar desde este punto que, de cara al estándar de prueba para la imposición de la medida de aseguramiento, será suficiente con constatar la peligrosidad de la acción *ex ante* y la previsibilidad del resultado para el autor, sin que sea necesario valorar la idoneidad de la acción de manera *ex post*¹¹⁰, lo anterior – como se mencionó al inicio de este capítulo – por cuanto pretender que en esta etapa se pruebe la existencia del injusto jurídico penal supondría vaciar en gran medida de contenido la etapa del juicio oral y adelantar discusiones sin que exista todo el acervo probatorio necesario para las mismas.

En resumen, se tiene hasta ahora una definición de desvalor – objetivo y subjetivo – de acción respetuosa del fin de protección de bienes jurídicos y del principio de lesividad, lo que en conjunto con una tesis adecuada sobre la relación de autoría podría ser suficiente para proveer de significado jurídico penal el estándar de prueba de *inferencia razonable de autoría*. Por lo tanto, corresponde ahora preguntarse por una tesis sobre el concepto de autor que resulte

¹¹⁰ Este análisis coincide con el que Mendoza (2002) considera necesario y suficiente al momento de determinar la existencia de un injusto en los delitos de peligro abstracto, en sus palabras: “Así pues, para entender constituido el **tipo de injusto objetivo** de un delito de peligro abstracto será necesario constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer un riesgo real típicamente relevante con arreglo a un juicio *ex ante*. Ello exige la comprobación de la capacidad real *ex ante* de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien jurídico —sin considerar la presencia o no de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la acción—, lo cual constituye algo más que exigir la mera peligrosidad general de la clase de acción, pero no implica, en absoluto, requerir que la conducta haya creado efectivamente un peligro concreto, ya que se trata en todo caso de la determinación de la peligrosidad de la acción *ex ante* y no de la comprobación *ex post* de la producción de un resultado de peligro.” (p.76).

idónea para interpretar el régimen que de la autoría y la participación ha dispuesto la Ley 599 de 2000, y que además permita vincular adecuadamente el desvalor de una acción con un sujeto en particular.

5.2.2. Autoría y teoría del dominio del hecho.

Partiendo de las premisas expuestas desde el inicio de este trabajo, es necesario identificar ahora un concepto de autor que responda a las mismas, que permita vincular lo expuesto respecto del desvalor de acción con un individuo particular y que además se adecúe a lo dispuesto por la Ley 599 de 2000.

Desde luego el concepto de autor buscado debe partir de una tesis restrictiva de la autoría¹¹¹, esto no solo porque facilita limitar el alcance del *ius puniendi*, sino porque al vincular la noción de autor con el tipo penal contenido en la parte especial, necesariamente requiere de la noción de desvalor de acción para determinar quién es el autor de una conducta punible, como explica Suárez (2011):

Se ha plasmado en nuestro Código Penal un concepto de derecho penal de acto (art.9); por lo cual es necesaria la realización de un comportamiento que produzca el menoscabo de los bienes jurídicos o por lo menos su puesta en peligro, para la configuración del injusto típico, y no es suficiente la sola voluntad de lesión del interés jurídicamente tutelado. (p.216).

De ahí entonces que el concepto de autor debe ir ligado al de acción, y desde luego, al de desvalor de acción. Rechazando con ello todas aquellas tesis que parten de la causalidad para establecer la relación de autoría¹¹², puesto que, como se vio ya, el desvalor de acto va mucho

¹¹¹ “El concepto restrictivo busca derivar la noción de autor de los tipos penales y es el que mayor acogida ha tenido, por adecuarse de mejor manera a la descripción de aquéllos y responder a su contenido formal y material; además, una interpretación restrictiva de los tipos es más garantista y respetuosa del principio de legalidad y del valor superior de la seguridad jurídica, que una interpretación extensiva. (...) Esta teoría se caracteriza por definir como autor a quien ejecuta por sí mismo de manera total o parcial la acción descrita en el tipo de la parte especial; todos los demás son partícipes.” (Suárez, 2011, pp. 129-130).

¹¹² “El concepto unitario de autor sólo tiene en cuenta el vínculo causal y considera autor a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia y de las cualidades de la colaboración delictiva de quienes tomen parte (dolosa, imprudente, culpable, inculpable, etc.) en el marco de la totalidad del suceso, la cual sólo interesa al juez al fijar el castigo de cada interviniente de acuerdo con la intensidad de su voluntad delictiva y la importancia de la contribución en el conjunto del hecho.” (Suárez, 2011, p. 47).

más allá. En este sentido, las teorías restrictivas, y entre estas, la teoría del dominio del hecho, se muestra como la alternativa más idónea, además tiene la ventaja de que, como se verá adelante, las diferentes versiones de esta teoría imperan en el contexto doctrinal y jurisprudencial colombiano¹¹³. Por contera, permite explicar adecuadamente el régimen que de la autoría y la participación estableció el Código Penal vigente.

Ahora bien, bajo el nombre *dominio del hecho* se agrupan un plural número de posturas que, en mayor o menor medida, difieren entre sí, de ahí entonces que bajo este mismo término pueda hacerse referencia a la teoría del dominio del hecho de origen welzeliano, a la reconfiguración que de la misma hace Roxin (2014), o incluso aún, a interesantes desarrollos como los de Luzón Peña (1989) y Díaz y García Conlledo (1991).

Igual sucede en la doctrina colombiana, donde este mismo término se usa por autores que defienden tesis diversas y que, incluso, escriben en vigencia de Códigos Penales diferentes, como sucede por ejemplo con Pérez (1984), Salazar (1992), Córdoba (2004), entre otros.

La teoría del dominio del hecho tiene origen en Welzel¹¹⁴, parte de su concepto final de acción, y considera autor “a quien tiene la decisión de interrumpir o consumir el hecho, que tiene que ser doloso, dominio que igualmente poseen los coautores, así algunos de ellos no realicen actos formalmente típicos.” (Peña, 1992, p.23). O en palabras de Welzel citado por Córdoba:

Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad

¹¹³ Con esta afirmación concuerdan Araque y Vásquez (2018) quienes relatan que: “Inhesitablemente, ha sido esta la teoría que se ha impuesto para diferenciar a los autores de los partícipes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia generalizadas. Por lo menos en los llamados por Roxin como delitos de dominio en los cuales quedan comprendidos los casos de dominio de la acción –eventos de autoría directa-, dominio de la voluntad –casos de autoría mediata que se dan por eventos de coacción, situaciones de error y aparatos organizados de poder - y funcional del hecho –casos de coautoría-.” (p.139).

¹¹⁴ Como relatan Araque y Vásquez (2018) “la teoría del dominio del hecho, según se dice de manera unísona, fue propuesta en su momento por la corriente finalista en materia de teoría del delito, específicamente por Welzel, a partir de la categoría lógica objetiva de la acción final y el concepto de injusto personal, aplicados ambos en este caso al dominio que según se expresa tiene el sujeto al predeterminar de esta forma el curso del acontecimiento. Es esto exactamente lo que le imprime el señorío sobre el hecho.” (p.141) No obstante su elaboración completa es obra de Claus Roxin (2014)

final de realización (el dolo del tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho. (Córdoba, 2004, p.75).

Para el finalismo entonces, “en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho” (Scheller, 2011, p.246). La tesis del dominio en el finalismo, como se advirtió ya, no escapa del concepto de acción final, por lo que dominio del hecho es, en otras palabras, dominio final de la acción. Desde este punto de vista autor y partícipe se diferencian en que, mientras aquél ostenta la dirección consciente – final- del curso causal hacia la producción del resultado típico, el partícipe se limita a apoyar dicho dominio¹¹⁵. (Cerezo, 1975, p.46).

En la actualidad las tesis finalistas han sido, por así decirlo, superadas. De ahí que cuando hoy en día se habla de teoría del dominio del hecho se hace referencia, por lo general, a la reestructuración que de la misma hizo Claus Roxin (2014). De acuerdo con este penalista “el autor es la figura central en la realización de la acción ejecutiva típica.” Mientras que el partícipe “es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación o contribuye a él mediante la prestación de ayuda.” (Roxin, 2014, p. 68) Lo anterior sin importar la forma de autoría que tenga lugar.¹¹⁶

A partir de la reelaboración de Roxin se reconocen tres formas de dominio del hecho, que son, el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional, formas que a grandes rasgos y en su orden coinciden con la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución de propia mano (más precisamente: de propio cuerpo, con el propio cuerpo) y convirtiéndose así a través de su acción en el centro del acontecimiento (dominio de la acción que caracteriza a la

¹¹⁵ Como explica Maurach (1962) “De concurrir (voluntaria o involuntariamente) varios sujetos en un mismo delito doloso, la característica objetiva del dominio del acto resolverá la cuestión de cuál de los sujetos intervinientes debe ser considerado autor, y cuál partícipe. Dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo. Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Todas las formas de participación se caracterizan frente a la autoría, por la circunstancia de faltar al cooperador el dominio del hecho.” (p.309)

¹¹⁶ “Tanto si alguien de propia mano hurta o roba (“por sí mismo”) como si fuerza a otro a ello pistola en mano (“a través de otro”) o si colabora en ello con otros compañeros (“conjuntamente”): es siempre la figura central de la acción de ejecución, pudiendo en el caso últimamente mencionado de la coautoría estar también varias personas en el centro del acontecer.” (Roxin, 2014, p. 69).

autoría inmediata). En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en (el momento de) la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor, v. gr. Mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata). Y, en tercer lugar, se puede dominar la realización típica desempeñando, en división del trabajo con otros, una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución (dominio funcional que constituye la esencia de la coautoría) (Roxin, 2014, p.75).

En el caso de la autoría directa o dominio de la acción, que es el que aquí interesa principalmente, Roxin califica como autor a quien cumple o realiza el tipo global mediante la propia actividad corporal, lo que él llamaría de propia mano, en sus palabras “No se puede dominar mejor un hecho que cuando lo ejecuta uno mismo. En la autoría inmediata el dominio le viene dado al ejecutor por la realización de la acción que se corresponde con el tipo (...) Se trata en este caso del tipo de autoría más obvio porque esta forma de dominio se corresponde del modo más claro posible con el entendimiento de la autoría como realización del tipo” (2014, pp.80-81). Como acota Suárez (2011).

Esta forma de dominio hace que quien realice el tipo de propia mano coincida con la descripción legal del autor; por lo cual hay una ventaja dada por el legislador, porque su descripción de las conductas consideradas típicas no es otra cosa que descripción de comportamientos de autor, la cual no puede ser modificada en su sentido ante las aportaciones de otras personas que han cooperado al hecho, cualquiera que sea la valoración dada a éstas. (p.184)

Es importante aclarar que la tesis de Roxin, si bien es la más reconocida, no es la única que se agrupa en la actualidad bajo la noción del dominio del hecho, a su lado coexisten tesis elaboradas por importantes penalistas como Luzón Peña y Díaz y García Conlledo¹¹⁷, Mir

¹¹⁷ Para estos penalistas “Autor es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso” (Díaz, 1991, p.691).

Puig¹¹⁸ y desde luego, Jakobs¹¹⁹. No obstante, la tesis construida por Roxin es la más extendida en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Incluso, es posible afirmar que en la doctrina nacional la teoría del dominio es hoy por hoy dominante, sin embargo no es fácil determinar en cada caso si la tesis adoptada se acerca más a la teoría del dominio del hecho de origen finalista o a la de orden funcionalista.

En Colombia el término dominio del hecho es, desde hace varias décadas, de uso común en la doctrina y, al igual que sucede en el plano internacional, bajo el mismo se agrupan posturas que no necesariamente coinciden entre sí. Por ejemplo, Luis Carlos Pérez (1984) en sus obras de Derecho Penal, Partes General y Especial, proponía una definición de autoría que coincidía - consciente o inconscientemente- con los rasgos generales del concepto de autor del finalismo, entendía que, “autor es el que realiza solo el hecho punible, el que adecua su conducta a un tipo penal determinado y, por esto, el que despliega plenamente la actividad requerida, tanto objetiva como subjetivamente.” (p. 384)

Por otro lado, Mario Salazar Marín en su monografía dedicada a la autoría y la participación, también toma partido por la teoría del dominio del hecho, y la explica en el siguiente sentido:

Sólo quien domine el hecho, aquel que “tenga las riendas del acontecimiento típico”, el sujeto que “se encuentra en la situación real de dejar correr, detener, o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo” – como precisa Maurach- puede ser tenido como autor; mientras partícipe es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo de injusto. (Salazar, 1992, p.98).

¹¹⁸ Mir Puig explica que “La autoría supone, pues, que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone una relación de pertenencia. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito: cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia; y cuando concurren otros causantes no ejecutores que desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo (así, un inductor) , porque dependen de que el primero ejecute o no el delito o no el delito que queda en sus manos a título propio.” (Mir, 2005, p.366).

¹¹⁹ La construcción de la autoría de Jakobs es supremamente compleja y distante de la concepción tradicional del dominio del hecho, no obstante, en los delitos de dominio, en los que interviene un solo individuo Jakobs (1997) entiende que “Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito.” (p.744).

En 1997 Fernando Velásquez también parecía adoptar este punto de vista, puesto que, al partir de un concepto restrictivo de la autoría, entendía que aquel que realiza la conducta subsumible en el tipo respectivo, con sus propias manos y manteniendo el señorío o las riendas del hecho debe ser calificado como autor. (Velásquez, 1997, p. 615)¹²⁰

Con la entrada en vigencia del actual Código Penal – Ley 599 de 2000 – la doctrina adopta decididamente la teoría del dominio del hecho. A su vez, la jurisprudencia, sin comprometerse definitivamente con la adopción de esta teoría, si propone conceptos de autor que se compaginan con sus postulados, véase por ejemplo la definición de autor que dio la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del dos de septiembre de 2009¹²¹, allí se lee:

De acuerdo con los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, es dable identificar las siguientes formas de intervención en el delito:

(i).- Autor.-

Es quien realice la conducta punible por sí mismo”. Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y de propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.

De igual forma en la Corte Suprema de Justicia en sentencia 46263¹²² expuso:

Existe consenso en sostener que es autor quien recorre íntegramente el tipo penal; quien realiza la acción descrita en el verbo rector. Frente a esta elaboración no hay mayores inquietudes.

En esta misma sentencia se reiteró:

¹²⁰ En la actualidad el autor mantiene en términos generales este mismo concepto en lo que respecta a la autoría directa. Confróntese Velásquez (2017).

¹²¹ Corte Suprema de justicia. Sala Penal. Proceso No 29221 del 2 de septiembre 2009. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP 1526 – 2018 del (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución.

No puede dejarse de lado que los artículos 28, 29 y 30 consagran un concepto restrictivo de autor en conjunto con una accesoriedad limitada de la participación¹²³, lo que se hace evidente a partir de, i) la separación entre autores y partícipes (art.28), ii) la regulación autónoma que tienen la autoría (art.29) y la participación (art.30), iii) la discriminación punitiva entre una y otra, y iv) la necesidad de que la tarea del determinador y del cómplice incida en una conducta de carácter antijurídico (accesoriedad limitada). Además de lo anterior, la fórmula contenida en el artículo 29 según la cual: *“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo...”* Permite la adopción y defensa de la tesis del dominio del hecho.

Diversos autores se han pronunciado a favor de esta postura, entre ellos Arias (2003) menciona:

Resulta importante anotar que para el código penal vigente, es incluso más clara la conveniencia del criterio del dominio del hecho para la determinación del autor entre una pluralidad de intervinientes, porque no sólo mantiene la diferencia entre partícipes y autores en los mismos términos del código derogado, sino además porque regula como una de las formas de autoría aquella en la que el autor utiliza a otro como instrumento (Art. 29 inciso 1 °). (p.67).

Por su parte, Suárez (2011) en una de las monografías más importantes sobre autoría en la dogmática penal colombiana expone que “la teoría del dominio del hecho, matizada por los principios que regulan el régimen penal colombiano, encuentra acomodo en el Código Penal de 2000 respecto de todas las formas de autoría” (p. 219) De igual forma lo hace Urbano Martínez (2004, p.213) quien explica que, como postulado general, el actual Código Penal se compagina con los modernos desarrollos de la dogmática de la autoría y la participación, sin

¹²³ “En Colombia, a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina parecen a veces insistir en lo contrario, no hay duda de que el legislador de 2000 acogió un concepto restrictivo de autor, que diferencia entre ambas formas de intervención en el delito (...) La adopción del concepto restrictivo fue caracterizada, además, a partir de la accesoriedad limitada, tal y como se desprende del art. 30 (...)” (Aramburo, 2005, p.98).

embargo advierte que también se encuentran múltiples tipos penales en los que el legislador se aparta de la construcción del dominio del hecho¹²⁴. Asimismo Hernández (2004, p.98), en un artículo dedicado al tratamiento de la coautoría, muestra cómo la configuración que de la misma ha hecho el actual Código Penal se corresponde con la teoría del dominio del hecho.

En conjunto con lo dicho respecto del desvalor de acción y como conclusión de este apartado, se tiene que en los casos de autoría directa o individual, que son los que aquí interesan, el sujeto que tiene el dominio del hecho y que por lo tanto podrá ser considerado como autor, será aquel que lleva a cabo de forma directa y completa la acción típica peligrosa. De acuerdo con Suárez (2011) en esta clase de autoría se identifican los siguientes rasgos:

- a. El autor unipersonal debe realizar el hecho “por sí mismo”, es decir sin el concurso de otro que intervenga como ejecutor (...)
- b. El autor inmediato realiza el hecho sin intermediarios, o sea, sin utilizar a otro como instrumento (...)
- c. El autor individual ejecuta el hecho en su integridad, dado que ningún ejecutor ha de intervenir junto al autor único, quien en su totalidad realiza los actos descritos en el correspondiente tipo de injusto, con independencia de que sean de consumación o de tentativa. (p.258).

Autor, entonces, será aquel que previendo la consecución del resultado lesivo se decide por una acción que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, es idónea para alcanzar el mismo. Esto con independencia de que logre o no el objetivo pretendido y de que exista o no responsabilidad penal, pues es necesario recordar que estos son solo algunos de los criterios para afirmar la existencia de la misma.

¹²⁴ En concreto afirma este autor “Del examen integral de ese estatuto se infiere que existen casos en los que el legislador consagra un concepto unitario de autor y en virtud del cual los determinadores, los cómplices y aun los intervinientes tienen la misma pena que el autor (trata de personas, utilización de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, adopción de un menor sin cumplir los requisitos legales, urbanización ilegal, favorecimiento al contrabando, favorecimiento de fuga y, para el caso de los intervinientes, asociación para cometer un delito contra la administración pública); que existen casos en los que el legislador consagra un tratamiento punitivo más drástico para los partícipes que para los autores (así ocurre con los promotores – determinadores– de invasión de áreas de especial importancia ecológica y con los promotores de los delitos de rebelión y sedición), y que existen casos en los que es más gravoso ser cómplice de un delito ajeno que autor de ese mismo delito (violación, actos sexuales abusivos y violación y actos sexuales abusivos en persona protegida).” (Urbano, 2004, p. 213).

6. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA

La audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, vista a la luz del garantismo penal, necesita asegurar el cumplimiento del principio de estricta jurisdiccionalidad, para lo cual es necesario partir de un acto acusatorio que satisfaga la carga de la prueba y que garantice el derecho de defensa.

La expresión acto acusatorio debe ser entendida, para nuestro sistema procesal penal, en un sentido amplio, con lo cual se abarca tanto la imputación de cargos, la solicitud de medida de aseguramiento, la formulación de la acusación y por qué no, la teoría del caso y los alegatos de conclusión de la Fiscalía. De lo que se trata, es de que en cada uno de estos escenarios el fiscal del caso defina con claridad los hechos que se le atribuyen al procesado, el delito en el cual se enmarcan y los elementos cognoscitivos o evidencia física que así lo sustenta.

Para la audiencia bajo estudio, el cumplimiento de esta garantía acusatoria debe tener lugar desde la audiencia de formulación de imputación, espacio destinado para que el fiscal lleve a cabo una descripción de los hechos jurídicamente relevantes y realice el proceso de adecuación típica.

Ahora bien, la carga de la prueba de los hechos recae exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, institución que, de cara a obtener el decreto de la medida de aseguramiento de detención preventiva debe cumplir con dos exigencias de orden probatorio, la primera, que es la que nos interesa, es la de sustentar por qué de los "elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga" (Art. 308, Ley 906 de 2004) La segunda, es la obligación de probar que alguna de las causales del artículo citado¹²⁵ se presenta en el caso concreto, justificando con ello la imposición de la medida de detención.

¹²⁵ "1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia."

Lo anterior hace necesario distinguir entre la carga de la prueba de sustentar la Inferencia Razonable de Autoría y la carga de probar la concurrencia de una de las tres causales dispuestas por el legislador, esto es, obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad o víctima y peligro de fuga. Esto, por cuanto puede haber escenarios en los cuales el fiscal cumpla con la primera carga mas no con la segunda.

De igual forma, la explicada distinción es importante toda vez que, como se ha venido afirmando, el EP entendido como concepto denso, no es solo una cuestión de suficiencia probatoria, es además un elemento que se enmarca dentro de una teoría normativa, que en este contexto será la teoría del delito, y en cuyo caso las pruebas aportadas para satisfacerlo hacen parte, necesariamente, de una hipótesis acusatoria o teoría del caso, a partir de la cual se justifica su pertinencia y conducencia en un determinado momento procesal. Lo que en otras palabras quiere decir, que es necesario, al igual que en el sistema anglosajón, introducir un *Test for relevance evidence*, a partir del cual puedan filtrarse aquellos elementos de conocimiento que hacen más probable la ocurrencia del hecho y su vinculación con el imputado, bien sea a título de autor o de partícipe, de aquellos otros elementos que el fiscal aporta únicamente con el fin de probar alguna de las causales del artículo 308 del CPP, pero que son irrelevantes de cara al establecimiento del EP.

Una vez se han incorporado los elementos de conocimiento con los que el fiscal pretende demostrar la *Inferencia Razonable de Autoría*, es necesario verificar si de los mismos se concluye razonablemente la existencia del hecho y su vinculación con el imputado. Como se dijo desde el capítulo inicial, el desarrollo legal y jurisprudencial de este EP es mínimo, por lo que, si se quiere satisfacer las exigencias del garantismo penal, es necesario establecer una serie de criterios objetivos cuya prueba permita concluir que se ha alcanzado un grado de *Inferencia Razonable de Autoría* en el caso concreto. En mi opinión, el desvalor de acción y la relación de autoría permiten cumplir con las exigencias propias del garantismo penal y además satisfacen los requisitos que desde el punto de vista procesal y probatorio se demandan de un EP.

La construcción de un EP, como se explicó en el tercer capítulo, afronta aspectos de distinto orden, primero, supone siempre una justificación externa o política – en nuestro caso político criminal- de su elección, esto, por cuanto el margen de error que se está dispuesto a tolerar ante

una decisión judicial no puede ser fijado con criterios exclusivamente teórico – jurídicos. Como explica Ferrer (2017) para el caso del *EP* para la sentencia:

Establecer el umbral a partir del cual el nivel de corroboración de una hipótesis es suficiente supone tomar una decisión sobre el reparto del riesgo de error. Así, en efecto, si el estándar de prueba en el proceso penal es más exigente se producirán menos condenas falsas y más absoluciones falsas, mientras que el efecto será exactamente el contrario si el estándar se sitúa en un punto menor de exigencia. Pues bien, esa es una decisión que queda absolutamente en el ámbito político-moral sobre el que la epistemología no tiene nada que decir. Para ello es necesario, pues, que se pronuncie el derecho. (p.159).

Frente al punto que nos atañe, se tiene que, al momento de decretar una medida de aseguramiento, el juez se enfrenta a dos clases de errores, el primero, ordenar una medida en contra de alguien que es inocente y privarlo con ello injustamente de su libertad, y el segundo, no ordenar la medida contra alguien que es culpable, entorpeciendo con esto el cumplimiento de los fines del proceso penal.

Justificar desde un punto de vista externo o político criminal la elección de un *EP* para las medidas de aseguramiento implica establecer las razones por las cuales es preferible una clase de error frente al otro. Hay que señalar que desde la óptica constitucional este debate parece encontrarse zanjado, como se mencionó en los primeros capítulos, la Corte Constitucional ordena una aplicación mínima de la detención preventiva, racionalizando su uso en la mayor medida posible. A pesar de esto, el número de sindicados que se encuentran bajo detención preventiva en establecimiento carcelario es alarmante, lo que contribuye sustancialmente con la crisis carcelaria actual.

De igual forma no pueden dejarse de lado las consecuencias que para el individuo acarrea el ser detenido preventivamente, con esta medida se decide sobre bienes jurídicos de vital importancia como la libertad, el honor, el buen nombre, e incluso aún, la dignidad humana. Ello sin considerar siquiera los efectos que se ciernen sobre el núcleo familiar de quien es privado de la libertad.

Así las cosas, la orden de la Corte Constitucional, la crisis carcelaria actual y el riesgo para los bienes jurídicos del ciudadano, son razones que, desde un punto de vista externo o político criminal, bastan para privilegiar el error de no cobijar con medida de aseguramiento a quien ha cometido un delito, antes que el error de imponer una medida cautelar a quien se encuentra sometido a un proceso penal siendo inocente. Justificando con ello la necesidad de limitar la detención preventiva a aquellos supuestos en los que existen verdaderos méritos sustanciales y probatorios para creer que una persona es responsable penalmente.

A ello hay que sumar que, para el momento procesal en el cual tiene lugar la solicitud de una medida de aseguramiento, la presunción de inocencia del sindicado se encuentra intacta, por más que para esta etapa existan elementos de prueba que le permitan al fiscal formular una imputación, no estamos ni siquiera cerca de establecer responsabilidad penal en cabeza del imputado.

Es importante advertir, que lo relevante aquí no es el problema de orden teórico acerca del derecho a la presunción de inocencia en las audiencias preliminares, sino las consecuencias ciertas que ello tiene para la humanidad de quienes son cobijados con medidas de aseguramiento, ello, por cuanto nuestro sistema carcelario ha dado lugar a un estado de cosas inconstitucional que afecta tanto a condenados como a sindicados. Habida cuenta de que no existe un trato diferencial entre unos y otros, los derechos que materialmente se les restringe a ambos son exactamente los mismos.

Por lo anterior, el *EP* necesario para la adopción de una medida cautelar, y en especial para la detención preventiva en establecimiento carcelario, tiene que ser de tal entidad que permita reducir razonablemente la ocurrencia del error menos deseado. Esto es, decretar la detención preventiva de un inocente.

Es primordial acotar que, con la interpretación que se propone, se renuncia a la discusión acerca de la fijación estadística de los *EP*. No obstante, y sin la intención de tomar partido, es evidente que, dadas las consecuencias que supone la detención preventiva, el estándar de prueba de la probabilidad prevalente es inaceptable en las audiencias preliminares y además va en desmedro de la defensa del imputado, la que, por regla general, para esta etapa del proceso no cuenta con mayores medios probatorios, por lo que la hipótesis más probable terminaría por ser siempre la de la Fiscalía.

Por otro lado, hay que aclarar que, si bien sería loable limitar al máximo la imposición de esta clase de medidas a partir de la construcción de un *EP* sumamente exigente, ello no sería conveniente, por cuanto de lo que se trata aquí es de postular un *EP* que les sea de utilidad a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces de control de garantías, y que sea operante de acuerdo con el derecho positivo vigente.

En segundo lugar, un *EP* debe cumplir con unos requisitos de carácter intrasistemáticos o de orden estrictamente jurídico que si bien están ligados al problema del margen de error, van incluso más allá, esto, por cuanto un *EP* debe ser funcional a las diferentes necesidades teórico prácticas que se encuentran en juego, en otras palabras, debe ser idóneo para cumplir con las exigencias del derecho sustancial, del proceso penal y del derecho probatorio que fueron expuestas en los capítulos precedentes.

En la parte inicial de este escrito se reseñó la discusión acerca de las medidas de aseguramiento en el proceso penal, especialmente la de detención preventiva en establecimiento carcelario, dejando entrever cómo esta medida implica una restricción tan fuerte de los derechos ciudadanos que su aplicación debe ser limitada al máximo. El debate gira en torno a la necesidad de ponderar entre, la menor restricción posible a los derechos del ciudadano y el cumplimiento de los fines del proceso penal.

En esa medida, el *EP* debe proteger suficientemente los derechos del ciudadano pero también debe permitirle al juez establecer, a partir de criterios claros y objetivos, cuándo está en presencia de un grado de *Inferencia Razonable de Autoría* que le permita acceder a las solicitudes de la Fiscalía.

Para ello, es conveniente acudir a la teoría del delito y a la estructura que de la responsabilidad penal ha construido, pues esta nos indica que, ante la presencia de una serie de elementos, tendremos buenas razones para creer que un delito ha sido cometido y que determinada persona es posiblemente su autora¹²⁶. Evidentemente, para el caso de una

¹²⁶ Como es apenas evidente, el tema de prueba en el proceso penal son los presupuestos o elementos necesarios para la condena, por lo que resulta a todas luces justificado que el *EP* para la imposición de la medida de aseguramiento esté conformado por parte de estos mismos elementos.

sentencia condenatoria, el Juez debe encontrar probados todos los elementos de la responsabilidad penal exigidos por la teoría del delito y recogidos en la Ley 599 de 2000, sin embargo, para las audiencias preliminares es necesario situarse en una escala inferior de la estructura del delito, sin que ello signifique descartar el análisis de causales de justificación o de situaciones de ausencia de culpabilidad cuando estas se observan presentes.

A partir de lo explicado en el capítulo anterior, la propuesta que aquí se ofrece entiende que probar el *EP de inferencia razonable de autoría* supone i) afirmar la existencia del desvalor de acción en el supuesto particular, estableciendo tanto la peligrosidad no permitida de la acción para un bien jurídico concreto, como la previsibilidad del posible resultado lesivo en ese escenario determinado y ii) la relación de autoría, lo que obliga a demostrar que el imputado tenía el dominio del hecho, y que fue quien llevó a cabo de forma directa y completa la acción típica peligrosa.

Lo que se pretende es que el fiscal pruebe, cuando menos, que el comportamiento realizado por el imputado está en capacidad de colocar en riesgo un bien jurídico, que este es un riesgo no permitido, que, en el caso concreto, es previsible que de llevarse a cabo tal comportamiento se podría lesionar dicho bien jurídico, y que el imputado es la persona que dominaba incuestionablemente la realización de esta acción riesgosa.

Esto descarta, desde luego, los escenarios de ausencia de acción, disminuye las posibilidades de que se imponga una medida de aseguramiento por la sola causación de un resultado lesivo – esto es por mera responsabilidad objetiva- y permite que, en aquellos escenarios en los que se tiene una lesión de un bien jurídico y además se está en presencia de una acción riesgosa no permitida frente a ese mismo bien jurídico, pueda considerarse satisfecho el *EP* a pesar de que la relación de causalidad no esté aún establecida. Pretender que la Fiscalía llegue a las audiencias preliminares con el nexo causal plenamente acreditado, especialmente en casos difíciles, es tanto como sembrar desde este punto los argumentos para desestimar la propuesta que se ofrece. Mientras que el desvalor de acción en conjunto con la relación de autoría, si se encuentran sólidamente acreditados, son criterios suficientes para demostrar que un hecho de interés para el Derecho penal ha tenido lugar.

Hay que señalar además que el desvalor de acción y la relación de autoría satisfacen las exigencias que, desde el garantismo penal se plantean frente a todo *EP*, toda vez que permiten

su verificación fáctica y su refutación contrafáctica, elementos esenciales a la hora de garantizar el derecho de defensa y contradicción del imputado. Esto, por cuanto la peligrosidad de una acción, entendida como capacidad de colocar en riesgo un bien jurídico, está referida a un hecho y no a un pensamiento, ni a una forma de ser u opinión. De ahí que debe ser establecida en cada caso concreto atendiendo tanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar existentes al momento de su realización como a aquellas que se conocen de forma *ex post*, es cierto que el fiscal puede hacer uso de criterios de peligrosidad estadística para ayudar a probar el desvalor de acción, sin embargo –como se explicó en el capítulo anterior- es necesario que además demuestre que esa peligrosidad estadística tiene lugar en el caso concreto, puesto que lo que interesa aquí no es una peligrosidad en abstracto sino el demostrar la capacidad lesiva en el escenario particular. Además, debe el fiscal sustentar que es previsible que la realización de dicha acción ocasionaría un resultado lesivo para el bien jurídico, de acuerdo con lo explicado en el capítulo anterior.

Igual sucede con la relación de autoría, puesto que el fiscal deberá probar que el imputado era quien ejercía el dominio de la acción desvalorada previamente, lo que en los casos de autoría directa se traduce en el dominio de la acción que realiza el verbo rector del tipo penal, además deberá probar que se encontraba en condiciones de decidir sobre la ejecución de la acción, y que siendo previsible la ocurrencia del resultado lesivo, decidió llevar a cabo la misma.

La necesidad de una verificación fáctica de los criterios que integran el *EP* obliga a exigir que la medida de aseguramiento esté respaldada en elementos materiales probatorios o evidencia física que sea susceptible de contradicción por la defensa. No sobra decir que esta evidencia debe ser legalmente obtenida y adecuadamente incorporada al proceso cumpliendo con los requisitos de ley.

Bajo estas condiciones se podrá afirmar que existe una *Inferencia Razonable de Autoría* en un proceso concreto. Aseveración que, para ser conforme con el garantismo penal, ha debido satisfacer tres garantías epistémicas, que son *la necesidad de la prueba, la posibilidad de refutación de la misma y la motivación de la decisión judicial*.

Sobre la motivación de la decisión judicial conviene mencionar que, si se toman en serio los postulados del garantismo que se han venido explicando y se prueban suficientemente los

criterios propuestos como elementos integrantes de este *EP*, el Juez de control de garantías tendrá elementos de juicio suficientes para afirmar la existencia de un indicio meritorio de responsabilidad penal, lo que no significa que haya lugar a la imposición inmediata de la medida de aseguramiento, puesto que el *EP* es tan solo uno de los requisitos que debe satisfacer el fiscal en esta audiencia.

Así las cosas, la decisión judicial tendría elementos de juicio suficientes para, primero, afirmar que existió un hecho de interés para el derecho penal puesto que el mismo estaba en capacidad de lesionar bienes jurídicos y no se encontraba amparado por un riesgo permitido; segundo, vincular este hecho con un individuo a partir de la constatación de que el imputado dominaba la acción generadora de ese riesgo; y tercero, vincular al hecho y al sujeto con la norma penal, concluyendo la *Inferencia Razonable de Autoría* en el caso concreto.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel, X. (2016). Diez tesis sobre la valoración de la prueba, dos propuestas de lege ferenda y decálogo sobre motivación. En: Agudelo, D. *et al.* (Ed.) *El derecho probatorio y la decisión judicial*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Abel, X. (2012). La dosis de prueba entre el *Common Law* y el *Civil Law*. *Doxa*, 35, 173 - 200.
- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 483-511.
- Aguilera (2018). La fijación del nivel óptimo de suficiencia probatoria en contextos jurídicos: Comparando dos modelos. Recuperado de: http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1499_A/Congreso_Girona_2018_Aguilera.pdf
- Alcácer, R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51(1-3), 365-587.
- Alcácer, R. (2003). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier.
- Allen, R. (2013). Los Estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En: Vásquez, C. (Ed.) *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Aponte, A. (2006). *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Araque, D. y Vásquez, E. (2018). Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro, *Nuevo Foro Penal*, 91,127-150.
- Aramburo, M. (2005). La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes. *Nuevo Foro Penal*, 12(68), 93-145.

- Arias, D. (2003). La ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante a la consumación del hecho punible en el Código Penal Colombiano. *Nuevo Foro Penal*, (64), 61-89.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Beling, E. (1943). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Editorial Labor S.A.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Borrero, F. (2010). Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia. *Justicia*, 18, 50-58.
- Cadavid, A. (2013). *Imprudencia punible y actividad médico quirúrgica*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Recuperada de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=44696>
- Carnevali, R. & Castillo, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno. *Revista Ius et Praxis*, 2, 77 – 118.
- Carrasquilla, J. (2004). *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Casas, J. (2015). *El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285387/jch1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cerezo, J. (1975). La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 28(1), 41-56.

- Chiesa, E. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá: Editorial Forum.
- Cid, J & Moreso, J (1991) Derecho penal y filosofía analítica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44(1), 143-178.
- Corcoy, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Córdoba, M. (2004). La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*. 25 (75), 71-96.
- Cruz, L. (2012). Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*. 33(95), 69-100.
- Del Carmen, R. (2010). *Criminal Procedure: Law and Practice*. Boston: Wadsworth Cengage Learning.
- Díaz, M. (1991). *La autoría en derecho penal*. España: Publicaciones Universitarias.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2017). La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX(18), 150-169.
- Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2-23.
- Feldman, H. (2014). Appellate Adjudication as Conceptual Engineering. En: Hubbs, G. y Lind, D. (Ed.) *Pragmatism, Law, and Language*. New York: Routledge.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (28), 127-139.

- Gómez, J. (2010). Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. *Cuadernos de Derecho Penal* (3), 9-36.
- González, D. (s.f.). *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Recuperado de: <https://alicante.academia.edu/DanielGonzalezLagier>
- Hall, D. (2012). *Criminal Law and Procedure*. Boston: Wadsworth Cengage Learning.
- Hernández, N. (2013). ¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso. *Diálogos De Saberes*, (39), 135 - 158.
- Herrera, M. (2016). La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano. *Política criminal* 11(21), 229-26.
- Hernández, J. (2004). La coautoría. *Derecho Penal y Criminología*. 25 (75), 97-110.
- Hirsch, H. (1996). Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 49(2), 509-529.
- Hirsch, A. (2007). El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». En Hefendehl, R. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons
- Hock, H. (2008). *A philosophy of evidence law*. United Kingdom: Oxford Universtiy Press.
- Huland, F. (1995). Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (16), 217-224.
- Jescheck, H y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal parte general*. Granada: Comares.
- Jones, D. Simmons, R. (2008). *Learning evidence from the federal rules to the courtroom*. American Casebook Series.

- Kinports, K. (2010). Veteran Police Officers and Three-Dollar Steaks: The Subjective/Objective Dimensions of Probable Cause and Reasonable Suspicion. *Journal of Constitutional Law*, 12(3), 751-784.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, 28, 95-113.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Londoño H. (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. *Nuevo Foro Penal*, 65, 189-270.
- López, M. (2004). *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Universidad de Alicante. Recuperado de: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/11013>
- Lopera, G. & Arias, D. (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena*. Bogotá: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Lopera, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Luzón, D. (1989). La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 42(1), 889-914.
- Maier, J. (2015). *Derecho Procesal Penal. Tomo III*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Manco, Y. (2019). *Los límites de la prueba judicial: una discusión en torno al hecho y al valor*. Tesis. Universidad de Antioquia.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho penal. Tomo ii*. Barcelona: Ediciones Ariel.

- Mendoza, B. (2002). La configuración del injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho penal y criminología*, 9, 39 – 82.
- Mir, S. (2005). *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Montemayor, C. (2014). Preliminary Hearing. *The encyclopedia of criminology and criminal justice*, 4, 733-737.
- Neumman, U. (2006). *La pretensión de verdad en el Derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el análisis del derecho*. (1), 2-23. Recuperado de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf
- Nieva, J. (2017). *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Ospina, G. (2015). *La Inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Parra, J. (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Libería Ediciones del Profesional LTDA.
- Pedreira, F. (2008). Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 61(1), 199-236.
- Peña, E. (1992). La participación en los delitos especiales. *Nuevo Foro Penal*. (55), 17-34.
- Pérez, A. (2017). *La inferencia razonable de autoría en el delito de prevaricato por acción como presupuesto para la imputación y medida de aseguramiento*. Tesis. Universidad EAFIT. Recuperado de: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12129?show=full>

- Pérez, A. (2018). El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*. (41), 255-283.
- Pérez, L. (1984). *Derecho Penal. Partes general y especial*. Bogotá: Temis.
- Polaino-Orts, M. (2010). Delitos obstáculo. Un estudio sobre los límites de legitimidad de la anticipación punitiva. En L, Reyna. *Derecho Penal y Modernidad*. Perú: ARA editores.
- Pujadas, V. (2014). *Para una teoría general de las medidas cautelares*. Tesis. Universidad de Girona. Recuperado de: <http://www.tdx.cat/handle/10803/129639>
- Ragués i Valles, R. (2004) Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada. En J, Hurtado, *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. (págs.129-163) Lima: Universidad Católica del Perú.
- Reyes, Y. (2014). *El delito de tentativa*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=70609>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General tomo ii*. Madrid: Civitas.
- Ruiz, L. (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Valencia: Tirant lo blanch – Universidad de Antioquia.
- Salazar, M. (1992). *Autor y partícipe en el injusto penal*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Samaha, J. (2012). *Criminal Procedure*. Boston: Wadsworth Cengage Learning.
- Sancinetti, M. (1997). *Ilícito personal y participación*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Sandoval, J. & Del Villar, D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte.
- Scheller, A. (2011). La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. *Revista de Derecho*. 35, 244-263.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch editor.
- Soto, S. (2003) *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares.
- Sorza, F. (2016). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Revista Análisis Internacional*, 6(2), 39-66.
- Suárez, A. (2011). *Autoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, L. (2011). Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. *Revista de derecho Principia Iuris*. (16), 307-330.
- Taruffo, M. (2005a). Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambigüo no es un estándar" de Larry Laudan. *Doxa*. (28), 115-126.
- Taruffo, M. (2005b). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (114), 1285-1312.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Trento, S. (2015). Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. En: A, Paéz. *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Bogotá: Universidad de Los Andes.

- Torres, A. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 47, 138-166.
- Urbano, J. (2004). Autoría y participación. Balance Jurisprudencial. *Derecho Penal y Criminología*. 25(75), 197-226.
- Vargas, T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Viale de Gil (2014). ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Revista Pensar en Derecho*, 4, 131-160.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho penal, parte general*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Vera, J. (2017). Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*. 44(3), 831 – 855.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Aleman*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaray, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.