

**EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DENOMINADO LA SANA
CRÍTICA Y SU RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR MÁS ALLÁ DE LA DUDA
RAZONABLE APLICADO AL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

ELIZABETH HINCAPIÉ HINCAPIÉ
JULIÁN PEINADO RAMÍREZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009

**EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DENOMINADO LA SANA
CRÍTICA Y SU RELACIÓN CON EL ESTÁNDAR MÁS ALLÁ DE LA DUDA
RAZONABLE APLICADO AL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

Presentado por:
ELIZABETH HINCAPIÉ HINCAPIÉ
JULIÁN PEINADO RAMÍREZ

Monografía presentada como requisito para optar al título de
ABOGADO

Asesora:
DRA. DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, febrero 16 de 2009.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
GLOSARIO.....	6
RESUMEN.....	10
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	12
1. TITULO.....	14
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
3. OBJETIVOS	18
3.1. OBJETIVO GENERAL	18
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	18
4. DISEÑO METODOLÓGICO	19
4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	19
4.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	19
4.3. FUENTES	19
4.4. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	19
4.5. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	20
5. FUNDAMENTOS TEÓRICOS	21
5.1. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	21
5.1.1. Como generadora de convencimiento	23
5.1.2. Como puente para acceder a la verdad	24
5.1.3. Como herramienta para alcanzar conocimiento y certeza	26

5.2. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DENOMINADO SANA CRÍTICA	27
5.2.1. Contexto histórico-jurídico.....	27
5.2.2. Libre valoración de la prueba.....	32
5.2.3. Las reglas de la sana crítica	33
5.2.4. Fundamento jurisprudencial.....	36
5.2.4.1. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 8 de septiembre de 2004.....	37
5.2.4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 12 de septiembre de 2005	38
5.2.4.3. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 27 de septiembre de 2002.....	39
5.2.4.4. Corte Constitucional: Sentencia C-622 de 1998	40
5.2.4.5. Corte Constitucional: Sentencia T-442 de 1994.....	41
5.3. FUNDAMENTOS PARA UN ESTÁNDAR DENOMINADO MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE	42
5.3.1. Valoración racional de la prueba.....	42
5.3.2. Los hechos como fundamento de la prueba	49
5.3.3. La motivación de los hechos.....	54
5.3.4. La motivación de la decisión jurídica.....	58
5.3.5. Los estándares de prueba	60
5.3.5.1. Concepto de estándares de prueba	60
5.3.5.2. Los estándares de prueba según la doctrina	61
5.3.6. ¿Qué significa “más allá de toda duda razonable”?	66
5.4. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.....	70
6. CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91

GLOSARIO

CERTEZA: Conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar.

CERTIDUMBRE: Certeza. Los escolásticos hablaban de certidumbre como de un “estado firme de la mente”. Hay varias clases de certidumbre (certeza). Una subjetiva y otra objetiva. La certidumbre (certeza) subjetiva implica un asentimiento, pero no el fundamento de ese asentimiento. La certidumbre (certeza) objetiva explica el fundamento de su asentimiento, que en el caso del proceso puede ser prueba testimonial, pericial, etc.

DEBER JURÍDICO: En sentido estricto, tiene por consecuencia que a una persona se le imponga obrar de determinada manera, ya sea por acción o por omisión frente a otros sujetos, estén éstos determinados o no.

DEDUCTIVO: El método deductivo procede de lo general a lo particular. Se parte de conceptos, principios, definiciones o afirmaciones de las que se van extrayendo conclusiones y consecuencias, o se examinan casos particulares sobre la base de las afirmaciones generales presentadas. Si se parte de un principio, por ejemplo el de Arquímedes, en primer lugar se enuncia el principio y posteriormente se enumeran o exponen las diferentes características de dicho principio, sus conclusiones y consecuencias.

EMPIRISMO: Corriente filosófica, también denominada filosofía de la experiencia, que considera a la experiencia como la única fuente del conocimiento. Su objeto es explicar los conceptos y juicios universales mediante ella, pues sólo la experiencia garantiza un conocimiento verdadero.

Los esquemas o representaciones sensoriales comunes fundamentan la validez de los juicios universales mediante la inducción.

ESTÁNDAR: significa un modelo que se sigue para realizar un proceso o una guía que se sigue para no desviarnos de un lugar al que se desea llegar. Corresponde a la exigencia necesaria para poder producir un juicio o valoración.

FUZZY LOGIC: Un tipo de lógica para procesar datos inciertos. En ella, un elemento puede tener infinitas gradaciones entre verdadero y falso.

IN DUBIO PRO REO: Expresión latina que implica que la duda probatoria favorece al imputado. Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. Frente a este principio, el juez, al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado.

INDUCTIVO: El método inductivo se refiere a que cuando un asunto es estudiado y se presenta por medio de casos particulares, se sugiere que se descubra el principio general que los rige: se parte pues, de lo particular a lo general. Es el método, activo por excelencia, que ha dado lugar a la mayoría de descubrimientos científicos. Se basa en la experiencia, en la participación, en los hechos y posibilita en gran medida la generalización y un razonamiento globalizado. El método inductivo es el ideal para lograr principios, y a partir de ellos utilizar el método deductivo.

HERMENÉUTICA: Es la ciencia y arte de la interpretación, sobre todo de textos, para determinar el significado exacto de las palabras mediante las cuales se ha expresado un pensamiento.

IUSFILOSOFÍA: También denominada filosofía del derecho, es una rama de la filosofía que estudia de los fundamentos filosóficos que rigen la creación y aplicación del Derecho.

MÁS ALLÁ DE DUDA RAZONABLE: Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible, objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

POLÍTICA POLICIVA: Estrategia legislativa que procura el desarrollo de actividades de registro y control por parte de los cuerpos policivos de un Estado, región o ciudad. En el ámbito del derecho probatorio este tipo de políticas procura la búsqueda de herramientas que justifiquen con suficiencia la certeza de que un imputado es culpable.

RACIONALISMO: En su acepción más general, el racionalismo es la tesis que identifica la razón con la facultad pensante, la cual se considera superior a la voluntad y a la emoción. La razón, en esta teoría, es el único órgano capaz de conocimiento.

TAUTOLOGÍA: Fórmulas de la lógica sentencial según las cuales siempre se obtiene un predicado verdadero. De acuerdo a Wittgenstein, existen proposiciones siempre verdaderas, independientemente de cuál sea la configuración de hechos que se verifique; dichas tautologías no son

representaciones de hechos, no son insensatas, porque siempre resultan verdaderas.

RESUMEN

La presente monografía tiene por objeto realizar una descripción del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable que se exige al proceso penal colombiano. Para alcanzar dicha meta, se realiza un estudio de tipo cualitativo, cuya valoración se funda en el análisis de la función de la prueba, el sistema de valoración de la prueba, los fundamentos para un estándar denominado más allá de la duda razonable y así determinar la posibilidad de si es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal que no sea dependiente de las creencias subjetivas del juzgador, resulte por ello controlable intersubjetivamente e incorpore en una versión no subjetivista el principio del in dubio pro reo.

ABSTRACT

The present monograph intends to realize a description of the system for evaluating evidence, the so called “system of healthy criticism” and its relation with the “standard of proof”: beyond a reasonable doubt that is demanded by the Colombian penal process. In order to reach this goal, a study is realized of a qualitative type, whose valuation is based on the analysis of the system of legal evidence assessment, and the function and the foundations for a standard of proof denominated beyond a reasonable doubt, thus to determine the possibility as to whether it is possible to formulate a standard of proof for the penal process that is not employee of the subjective beliefs of the judge. For that reason the control object is inter-subjective and incorporates in a non-subjective version the principle of *in dubio pro reo*.

INTRODUCCIÓN

La idea generalizada respecto a la prueba frente al proceso es concebir a la primera como una simple reformulación que se encuentra condicionada por diversos factores culturales y técnico-jurídicos; en otras palabras, se tiende a pensar que la prueba lo único que busca es determinar si los hechos han ocurrido o no; y aunque a ciencia cierta la prueba permite dicha certeza, no es éste el único aspecto que comprende la prueba, más aún en el marco de un proceso.

Respecto a los factores que condicionan la validez, la certeza, y sobre todo, la valoración de la prueba, resulta necesario tener presente la noción de estándar prueba, concepto éste que remite a la identificación de los elementos de validez necesarios para que exista certeza sobre un juicio; sin embargo, este concepto abarca toda una serie de problemáticas de índole doctrinal-jurídica, tales como la objetividad de esos estándares, así como la existencia de los mismos.

Lo que aquí se presenta, por tanto, corresponde a una descripción del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable que se exige al proceso penal colombiano. Para la consecución de dicho objetivo se pretende a su vez determinar la función de la prueba en el proceso penal colombiano; desarrollar una conceptualización jurídico-doctrinal del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica; establecer los fundamentos teóricos que procuren una descripción del estándar de prueba más allá de la duda razonable; y, por último, indagar si dentro del proceso penal colombiano se aplica el estándar de prueba más allá de la duda razonable.

Todo este análisis, si bien se funda en la doctrina, también posee elementos jurídicos y jurisprudenciales desde los cuales se ha construido un discurso cuya intención es teorizar sobre un tema abordado en derecho, pero obviado en la práctica jurídica, debido precisamente a la ausencia de un sustento expreso que justifique condiciones de veracidad en un ámbito generalizado.

1. TITULO

El sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De acuerdo con el iusteórico y doctrinante Francesco Carnelutti, *“los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas. Todo modo de ser del mundo exterior puede constituir una prueba”*¹.

De igual manera, algunos autores, principalmente italianos, sostenían como lo hace, por ejemplo, *“el maestro Mascardo, que la prueba es el alma del proceso; o como lo dice también otro italiano (Brutta), la prueba es el centro de gravedad de todo acto procesal. Decía el maestro italiano Vito Gianturco, autor de la obra más importante de prueba indiciaria, citando a su vez a Alessandro Giuliani, que toda la ciencia jurídica se reduce a una ciencia de las pruebas, y el derecho mismo no existe independientemente de su prueba”*².

También, desde el antiguo derecho romano se impuso aquel aforismo que afirmaba: dadme los hechos y os daré el derecho (*“da mihi factum, dabo tibi ius”*). Dijo un autor muy célebre, Giovanni Bichetti, en su obra *La Evidencia en el derecho procesal penal*: *“de la observancia de una regla lógica puede depender la vida de un hombre”*³. Pero mucho antes que Bichetti propusiera este pensamiento de gran profundidad, un autor alemán decía *“si se quería*

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis, 2004. p. 57 – 58.

² Citado por: AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Temis, 1998. p. 31.

³ *Ibid.* p. 32.

*colgar a un individuo sería fácil hallar la soga en la prueba indiciaria*⁴, esto para que veamos la enorme importancia que tiene la lógica en derecho probatorio.

La prueba ha sido abordada por diversos doctrinantes desde diferentes perspectivas; sin embargo, propiamente sobre el tema de los estándares de prueba la bibliografía es corta en extensión, aunque su contenido es profundo. Según Jordi Ferrer⁵, el tema de los estándares de prueba es una preocupación actual, y por ende no se encuentra bibliografía abundante acerca del mismo, no obstante es hacia donde las discusiones en el derecho actualmente se están dirigiendo.

El objeto de estudio de este trabajo de investigación se centra, por tanto, en realizar una descripción del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano. Ello implica un análisis que permita entender la función de la prueba como un conjunto de herramientas de juicios sobre inferencias, que posibilita adquirir una certeza racional sobre la verdad de una hipótesis, de tal manera que, al compararla con otras, su grado de certeza desestime las hipótesis que se le enfrenten.

El problema radica precisamente en establecer un marco probatorio general de carácter positivo y argumentativo que guíe a los participantes en el proceso, especialmente al juez, cuando se debe entender que una hipótesis contrastada, está lo suficientemente corroborada, como para afirmar su veracidad. Este es un problema que no sólo da lugar a un análisis jurídico, sino también filosófico, por cuanto el análisis inferencial se encuentra en las reflexiones

⁴ Ibid. p. 33.

⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. [En Internet] <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf> [Consultado en septiembre de 2008].

epistemológicas que ya han advertido diversos pensadores modernos y posmodernos tales como Carnelutti, Bentham, Ferrer, Foucault, Taruffo, entre otros.

En Colombia, en materia probatoria civil no se han presentado grandes modificaciones legislativas, en cambio en materia penal, tenemos una modificación considerable, toda vez que, a partir de la expedición de la ley 906 de 2004 entró en vigencia el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Con la expedición de este nuevo Código, no se establece claridad sobre los elementos estructurales del estándar de prueba que se le exige al juez, no todas las hipótesis fácticas tienen el mismo grado de fundamentación o corroboración, y no todas las valoraciones de acervo probatorio allegado al proceso, se realizan de igual modo.

Para el análisis que se pretende realizar, resulta pertinente abordar los conceptos de sana crítica y duda razonable dentro del ámbito del proceso penal, teniendo en cuenta los lineamientos jurídico-doctrinales propuestos por tratadistas como Jordi Ferrer Beltrán, Michel Taruffo y Marina Gascón, autores que nos permitirán una exposición más clara del tema.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Realizar una descripción del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable que se exige al proceso penal colombiano.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar la función de la prueba en el proceso penal colombiano.
- Presentar una conceptualización jurídico-doctrinal del sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica.
- Establecer fundamentos teóricos que procuren una descripción del estándar de prueba más allá de la duda razonable.
- Indagar si dentro del proceso penal colombiano se aplica el estándar de prueba más allá de la duda razonable.

4. DISEÑO METODOLÓGICO

4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El estudio es de tipo cualitativo, puesto que la información se recopilará a través de herramientas de investigación que permitan una valoración conceptual de los datos obtenidos.

4.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de esta monografía es de carácter descriptivo, por cuanto se realizará una identificación clara y precisa de los elementos conceptuales que configuran el tema de los estándares de prueba.

4.3. FUENTES

Se emplearán fuentes primarias y secundarias. Dentro de las primarias se encuentran: la legislación colombiana, la Constitución Política y la jurisprudencia. Como fuentes secundarias se tienen: obras bibliográficas, artículos de revistas, documentos de Internet, trabajos de grado, artículos de prensa, entre otros.

4.4. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

En general, la información se está rastreando a través de un proceso de documentación bibliográfica, jurídica, jurisprudencial y cibergráfica, para luego ser analizada y depurada con el objeto de dar pertinencia a la problemática elegida para este estudio.

4.5. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La información recopilada será sometida a un análisis que dé prelación a los contenidos recientes que tengan que ver con la problemática abordada. De manera sistemática, se irá avanzando en la consecución de un texto que evidencie el logro de los objetivos planteados. De igual manera, se tendrán presentes las sugerencias propuestas por los asesores de esta monografía, al igual que las indicaciones de los jurados que evalúen este estudio, una vez finalizado el proceso de investigación.

5. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

5.1. LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Cuando comúnmente se utiliza la expresión prueba, por lo general se entiende que *“es sinónimo de ensayo, experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados. Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien, si llena su objeto, confrontando, en cierto modo, la teoría de la realidad práctica”*⁶.

Siguiendo a Marina Gascón Abellán⁷, el estudio de la prueba presenta algunas dificultades pues, en el campo procesal, ésta se usa para denominar diversas situaciones. En estos términos, la prueba es a menudo observada como fenómeno de descubrimiento y justificación: como descubrimiento la prueba se refiere al camino que nos lleva a realizar afirmaciones verdaderas, o viceversa, a verificar afirmaciones hechas previamente, por ende, se descubrirán los hechos que hacen verdaderas aquellas afirmaciones. *“probar un enunciado significa aquí conocer los hechos que lo hacen verdadero”*⁸. Como justificación, la expresión prueba sirve para evidenciar aquellos enunciados, ella da las razones por las cuales aquellas afirmaciones son verdaderas: *“probar un enunciado sobre los hechos significa aquí justificarlo”*⁹.

Todavía, en este lugar la prueba sigue siendo un término con múltiples significados, ya que puede ser utilizada para referirse a otros contextos como:

⁶ DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá: Temis, 2000. p. 7- 8.

⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 84.

⁸ Ibid. p. 84.

⁹ Ibid. p. 84.

los medios de prueba, al procedimiento probatorio o a los resultados de este procedimiento.

Ahora bien, en términos de la identificación de la función de la prueba en el ámbito procesal, se pueden identificar los siguientes aspectos¹⁰:

- a) La expresión prueba utilizada como medio de prueba: hace referencia a aquellos elementos que dan a conocer los hechos en cuestión, permiten confrontar y realizar afirmaciones que posteriormente reconstruirán esos hechos: los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitiva de los hechos que se pretenden probar.
- b) El término prueba como resultado probatorio: es el producto alcanzado a través de los medios de prueba, es el conocimiento del hecho: las pruebas desempeñan una función justificatoria, pues son elementos para elegir racionalmente las diversas aserciones en el proceso, confirmándolas o refutándolas.
- c) El vocablo prueba como procedimiento probatorio: aquí participan los dos significados anteriores. Cuando la palabra prueba es utilizada en este sentido, se refiere a un proceso mediante el cual se constatan los hechos más importantes para la decisión, a través de los medios de prueba; es decir, se formulan o verifican enunciados asertivos sobre esos hechos.

Desde esta perspectiva, hoy en día se han tejido diversas teorías acerca de la función de la prueba en el proceso penal que se vinculan estrechamente con las distintas concepciones relacionadas con el lugar de la verdad en el proceso penal, pues cada una de ellas dibuja su propia visión de la relación medio-fin de la prueba dentro de dicho proceso; es así como se puede hablar de prueba como generadora de convencimiento, como puente para acceder a la verdad y

¹⁰ Ibid. p. 84 – 85.

como herramienta para alcanzar conocimiento y certeza. Estas teorías se caracterizan por¹¹:

- 1º. Las pruebas son tomadas en consideración en su dimensión lingüística, como un pedazo de narración, en donde la prueba resulta útil para apoyar el relato y en donde dicho relato se perfila como una concepción persuasiva de la prueba.
- 2º. Sostiene que la prueba es una especie de *nonsense* o algo que en realidad no existe o que no es digno de ser tomado en consideración, con lo que se llega a establecer que a la verdad de los hechos no se llega en un proceso de un modo netamente racional.
- 3º. Se admite la posibilidad de determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso, en donde la propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos.

5.1.1. Como generadora de convencimiento

Para algunos críticos, esta posición es poco plausible pues es muy probable que el convencimiento que se le brinda al juez penal se encuentre remotamente alejado de la verdad, ya que las pruebas desde esta perspectiva no son elementos relacionados empíricamente con los hechos, es más, tal parece que, son tomadas como ritos, aunque aquí el fin sea distinto.

Esta teoría es acogida por aquella corriente que considera que en el proceso es imposible establecer algún tipo de verdad. En este ámbito, la prueba es considerada como un ritual que ayuda a justificar la decisión del juez. Taruffo afirma al respecto: “*Las pruebas no servían en absoluto para determinar los*

¹¹ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. [En Internet] http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf [Consultado en octubre de 2008].

hechos, pero sus procedimientos constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema penal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene la razón”¹².

Sobre la base de lo expuesto por Taruffo, se establece que la prueba en el proceso penal es un valor ético-social, producto de una construcción cultural, que se convierte en una conquista histórica, que manda a utilizar la prueba como un requisito indispensable a observarse en toda decisión judicial para que ésta sea realmente legítima y convincente ante la sociedad, porque en definitiva probar es hacer aprobar, pues la actividad probatoria, en últimas, es un proceso de convencimiento, de estar en disposición de dar cuenta de lo que se decidió, se hizo o es capaz de hacer, para así, ser reconocido por la justicia, y de esta forma deponer el poder y dar paso a la racionalidad, porque la sociedad no puede ejercer control sobre lo que no entiende.

5.1.2. Como puente para acceder a la verdad

Taruffo dice que con el término “prueba” se hace referencia al *“conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera. En este sentido, la expresión prueba recupera su función tradicional: llevar la verdad al juez”¹³.*

Afirma Devis Echandía¹⁴ que es inaceptable pensar que la prueba tenga como función, por regla general, el establecimiento de la verdad, por tanto, puede

¹² Ibid. p. 10.

¹³ Ibid. p. 10.

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales – Tomo II. Bogotá: ABC, 1998. p. 228.

sucedir que el resultado de la prueba no corresponda con la verdad, a pesar de que el juez se sienta convencido de ella. Posición que actualmente se encuentra superada, debido a que la verdad es ideológica, teórica y prácticamente posible y necesaria pues se relaciona con valores superiores como la justicia, y por ende la prueba debe ser ese mecanismo que ayude al proceso en su exploración.

Desde la concepción ideológica de la importancia humana y social de la prueba como búsqueda de la verdad, es donde ella adquiere una importancia trascendental dentro del proceso judicial, por ser la actividad que le brindará la certeza necesaria al operador jurídico, de cómo sucedieron realmente los hechos, para que luego pueda subsumirlos en la norma general que regula el hecho concreto, y así alcanzar el ideal supremo de impartir justicia en sus decisiones, porque como bien lo reza el aforismo latino: “*Idem est non esse aut non robari*” (*Igual a no probar es carecer del derecho*¹⁵).

Posición ideológica que ha sido avalada reiteradamente por la jurisprudencia de las altas Cortes, como lo reitera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando expresa: “*con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso*”¹⁶.

O cuando la Corte Constitucional, refiriéndose al juez, precisa que “*se convierte en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que*

¹⁵ Máxima del Derecho Romano.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 2231. Marzo 25 de 1999. M.P. Aníbal Gómez Gallego.

*además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver*¹⁷.

5.1.3. Como herramienta para alcanzar conocimiento y certeza

La base de esta concepción es adoptada por quienes consideran que en el proceso se desarrollan narraciones y discursos. La prueba se considera como una pieza del discurso, que en conjunto con otras, se aprovecha para crear convencimiento en el juez. Su función es entonces acreditar y corroborar aquella pieza que se encuentra dentro del conjunto de narraciones, para hacerla aceptable para el juez.

*Quienes sostienen esta doctrina consideran que “la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho y que, por tanto, exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que es prueba suficiente”*¹⁸.

En este sentido es que la legislación sobre la prueba en nuestros códigos se alinea a la consecución de la certeza objetiva, como la actividad que explica el fundamento del asentimiento del juez, como requisito necesario para poder tomar alguna decisión judicial (arts. 174 C.P.C. y 372 C.P.P.¹⁹), pues lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez, que tiene la prohibición de basarse en su propia experiencia para dictar sentencia. Una certeza objetiva que se debe aprehender mediante la producción válida de una prueba que cumpla con las formalidades de tiempo, modo y lugar, exenta de vicios como dolo, error o violencia, es decir,

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 229.

¹⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. [Versión en línea] http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/C_PCIVIL.HTM [Consultado en septiembre de 2008].

una prueba lícita, que respete el principio de legalidad, para que la estrecha relación ideológica que hay entre justicia y verdad, no se vea fracturada por la producción de una prueba que demuestra los hechos, lo que realmente sucedió, pero que se aleja de la justicia por su ilegal forma de conseguirse.

Como puede verse, la tendencia en Colombia es que la prueba se asuma como herramienta necesaria para procurar conocimiento y certeza, certeza que debe ser objetiva y que debe estar exenta de vicios para que pueda estar en perfecta concordancia con la justicia y la verdad. En otras palabras, sin prueba no hay derecho, sin prueba no hay conocimiento y certeza.

5.2. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DENOMINADO SANA CRÍTICA

5.2.1. Contexto histórico-jurídico

El siglo XIX se caracteriza por un gran entusiasmo científico que llevó a los investigadores de la época a realizar toda clase de experimentos con la pretensión de arrancarle a la naturaleza sus más profundos secretos; en ese siglo, se lograron grandes descubrimientos, grandes invenciones y se impuso también con más rigor el espíritu crítico que ya venía desde el siglo XVIII; en el ámbito del derecho empieza a aplicarse ese espíritu crítico en la apreciación de la prueba, y es así como surge el sistema de la sana crítica. Esto en cuanto a la apreciación de la prueba en los tres sistemas: en el sistema de las pruebas legales, en el sistema de la íntima convicción y en el sistema de la sana crítica.

Debe advertirse que el sistema de la sana crítica surge en España hacia el año de 1855, y es precisamente la ley de enjuiciamiento civil español en la que surge este sistema de la sana crítica; es así como la ley de enjuiciamiento civil español por primera vez emplea no sólo la expresión “sana crítica” sino que

indica cómo deben apreciarse las pruebas; en efecto esa ley de enjuiciamiento civil español dispone que los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica las declaraciones de los testigos; así decía exactamente esa ley: *“los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica las declaraciones de los testigos”*²⁰; el anterior es pues, un sistema de apreciación de las pruebas, el sistema de la sana crítica, que no es nada distinto a la aplicación de principios científicos, de principios psicológicos, de principios técnicos, de las leyes de la lógica y de las reglas de la experiencia a la apreciación de la prueba.

Jurídicamente, el concepto de sana crítica lo encontramos referido en el artículo 187 del C.P.C., al respecto de la apreciación de las pruebas: *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*²¹.

En el ámbito penal, la Ley 600 de 2000 o antiguo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 238 establecía lo siguiente: *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*²².

Es importante que se tenga claro que tanto en el Código de Procedimiento Civil como en la Ley 600 de 2000, el sistema para la apreciación de la prueba es el sistema de la sana crítica, sistema del que se puede anticipar que tiene el

²⁰ GARCÍA VANEGAS, David. Lecciones de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 75.

²¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 187.

²² LEY 600 DE 2000. Código de Procedimiento Penal [Derogado]. Artículo 238.

siguiente sentido y alcance: en primer lugar, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, lo dispone la propia ley; en segundo lugar, es el sistema de la sana crítica que no es nada distinto a la aplicación de principios científicos, técnicos, psicológicos, leyes de la lógica y reglas de la experiencia en la operación mental de apreciación de las pruebas.

Pero además, y es apenas lógico, esas normas que se han citado, el artículo 187 del C.P.C. y el artículo 238 del C.P.P., disponen que el juez debe explicar siempre razonadamente el mérito que otorga a cada prueba; no es suficiente por lo mismo que el juez diga que el testimonio de A le merece plena credibilidad y que el testimonio de B no le merece credibilidad, sino que tiene que decir porqué el testimonio de A le merece credibilidad y porqué el testimonio de B no le merece credibilidad; no puede limitarse ni a la simple enunciación de los medios de prueba, ni a la simple afirmación de que unos le merecen plena credibilidad y que otros no le merecen credibilidad, debe explicar razonadamente.

Es un imperativo legal que el juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no es si el juez quiere hacerlo, es un imperativo, es un mandato; entre otras razones, porque esta exigencia legal, que es además una consecuencia lógica de la sana crítica, y esa exigencia legal trae consigo las limitaciones que tiene el juez en la apreciación de las pruebas, en el sentido de que el juez debe explicar las razones por las cuales le otorgó un mérito determinado a cierto medio probatorio, y las razones por las cuales no le otorgó ningún mérito a otros medios probatorios, lo cual permite la controversia jurídica, y a su vez resalta el principio de contradicción de la prueba; no es pues discrecional del juez, no es algo que de manera opcional quiera hacer, es un imperativo legal que explique razonadamente el mérito que otorga a cada medio de prueba.

Ahora bien, el actual Código de Procedimiento Penal, o Ley 906 de 2004, en su artículo 380, respecto a los criterios de valoración, preceptúa lo siguiente: *“Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo”*²³.

Esta es una norma que le impone al juez la obligación de apreciar todos los medios de prueba que obran en el proceso, todos sin excepción alguna. No señala un criterio general sino que dice que cada capítulo, cada medio de prueba señala cuáles son los criterios para la apreciación de la misma; por ejemplo, cuando se trata de la prueba testimonial el artículo 404 de la Ley 906 dice cómo se aprecia la prueba: *“Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*²⁴.

Por su parte, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, al referirse a la apreciación de la prueba pericial establece que *“para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o*

²³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004. [Vigente]. Artículo 380.

²⁴ Ibid. Artículo 404.

artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”²⁵.

Es decir, que no es suficiente que un individuo diga que es perito, que es un médico forense, que es un siquiatra forense o que es un experto en balística, o que es un experto en física, que es un toxicólogo, puede ser muy experto pero si ese dictamen no se corresponde con las respuestas dadas, no es suficiente para fundar adecuadamente ese examen; es decir, que la autoridad científica y técnica del perito no es de suyo suficiente para que el dictamen pericial vincule al juez; precisamente en el juicio oral y público lo que se pretende es controvertir cuando sea del caso el dictamen pericial y que el juez tenga los suficientes elementos de juicio para apreciar adecuadamente ese dictamen pericial; ya no es el argumento de autoridad porque el perito sea un médico forense, un experto en grafología, en dactiloscopia; aparte de que sea experto, es el contenido del dictamen y la vigencia de los principios en los cuales el perito sustenta su opinión técnico científica.

Por su parte, el artículo 381 de la Ley 906, formula que *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”²⁶.*

A lo que se está haciendo referencia es a dos criterios que desde el punto de vista de la lógica deben ser examinados: un criterio es la certeza, es un grado de conocimiento que no es la íntima convicción, y otro criterio, respecto al grado

²⁵ Ibid. Artículo 420.

²⁶ Ibid. Artículo 381.

de conocimiento, es el que la ley llama un grado de conocimiento más allá de toda duda.

Ahora bien, ¿cuando existe certeza puede haber duda? Como bien se sabe, las pruebas en su origen y en su esencia íntima, dependen más de la lógica que de la ley, muchas veces la prueba en su estructura y apreciación es pura lógica, y otras veces es lógica pura; no es un juego de palabras, unas veces es pura lógica y otras veces es lógica pura, como sucede por ejemplo con la prueba indiciaria.

Puede suceder que en un sistema de libertad probatoria se imponga como sistema de apreciación de la prueba la sana crítica, que es lo que sucede en el orden jurídico nuestro; los códigos de procedimiento civil y de procedimiento penal acogen el sistema de libertad probatoria, pero, el sistema de apreciación de la prueba sobre la base de la sana crítica.

En ese sistema de la libertad probatoria el juez acude a todos aquellos medios de conocimiento que no sean violatorios de derechos fundamentales ni de normas constitucionales. En el orden jurídico nacional tiene aplicación el sistema de la libertad probatoria, pero el orden jurídico nacional acoge como criterio de apreciación de la prueba el de la sana crítica.

5.2.2. Libre valoración de la prueba

La idea generalizada respecto a la prueba frente al proceso es concebir a la primera como una simple reformulación que se encuentra condicionada por diversos factores culturales y técnico-jurídicos; en otras palabras, se tiende a pensar que la prueba lo único que busca es determinar si los hechos han ocurrido o no; y aunque a ciencia cierta la prueba permite dicha certeza, no es

éste el único aspecto que comprende la prueba, más aún en el marco de un proceso.

Como existe una visión generalizada sobre la prueba frente al proceso, entonces los problemas surgen cuando se tiene una idea generalizada de este concepto por fuera del proceso. Ya que la prueba, en muchos casos, se agota en demasía en el ámbito jurídico, entonces se requiere de otras disciplinas para poder explicarla o fundamentarla, es decir, requiere de peritazgos o de herramientas científicas que le den credibilidad.

Según el planteamiento de Taruffo, *“el principio de la libre valoración de las pruebas, por su parte, implicaba unos cambios radicales en los sistemas de derecho, cambios que ponían en crisis el sistema de la prueba legal, pues ya la valoración de la prueba se obtiene del ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que se atribuyen al juez en lugar del legislador. El fenómeno de la prueba no puede, por tanto, disolverse en las normas que lo regulan”*²⁷.

La teoría de la libre valoración de la prueba, por tanto, le da una mayor capacidad discrecional al juzgador, discrecionalidad que debe entenderse en términos de objetividad y aunque ésta resulta ser una propuesta paradigmática en el derecho, lo cierto es que se sale de un esquema tradicional rigorista que impide una aplicación más efectiva del derecho.

5.2.3. Las reglas de la sana crítica

Según el tratadista argentino Santiago Sentís²⁸, existe una discusión sobre cuáles son las reglas de la sana crítica. Y la verdad es que, según dicho autor,

²⁷ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 12.

²⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1979. p. 251.

no hay una respuesta concreta. Los doctrinantes siempre la conciben como “*apreciación razonada de la prueba*”²⁹ y coinciden en señalar que el sistema se fundamenta en la valoración de la prueba acudiendo a la lógica, la experiencia y la psicología. Incluso la Corte Suprema de Justicia³⁰ ha llegado a expresar que las reglas de la sana crítica son las de la lógica y el sentido común.

Por todo ello, no hay una precisión de las aludidas reglas. Por lo general, la valoración queda expuesta al sentido común del juez que no siempre se hermana con la lógica, incurriendo en error, o que analiza superficialmente la prueba sin desentrañar su contenido esencial.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, las reglas o normas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción³¹. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una fórmula, elogiada por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. De acuerdo con lo dicho, las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el juez pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

La doctrina y la jurisprudencia³² han reconocido en las reglas de la sana crítica una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. La Corte

²⁹ Citado por: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Prontuario del proceso penal mexicano. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 1986. p. 69.

³⁰ Ver Sentencia de Septiembre 8 de 2004 de la Corte Suprema de Justicia.

³¹ Ver Sentencia C-622 de 1998.

³² Ibid.

Constitucional al señalar que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, consagra como sistema de valoración de la prueba en materia civil el de la sana crítica en los siguientes términos: *“Este concepto (se refiere aquí la Corte a las reglas de la sana crítica) configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba”*³³.

Los desarrollos doctrinales que en relación con la noción de reglas de la sana crítica se han producido han establecido la distinción entre la sana crítica y libre convicción. Ello, por cuanto *“las reglas que rigen a la primera constituyen pautas diseñadas para estructurar el criterio de juzgamiento tomando como materiales para tal efecto la atmósfera o ambiente generado por un proceso determinado, los parámetros que le suministra al funcionario judicial tanto su propia experiencia como la experiencia histórica acumulada en la Administración de Justicia, y, en muchos casos, las reglas producidas en el proceso evolutivo de ciencias, técnicas y artes en los que se apoya la actividad judicial”*³⁴.

Ahora bien, el carácter de sana que se le atribuye a la crítica cuyas reglas ha de seguir el juez en el ejercicio de la facultad otorgada por la norma impugnada, hace relación al desprendimiento, por parte del juez, de todos aquellos prejuicios que le resten objetividad a su determinación. Por ello, el juez que actúe y decida con fundamento en dichas reglas no está facultado por ellas para inclinar su decisión por motivos de conveniencia o parcialidad en favor de una de las partes.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería del profesional, 2007. p. 248.

En ese sentido, es de anotar que la lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, por lo que éstas no pueden ser consideradas sólo ni principalmente como las apreciaciones originadas en la libre convicción del juez, sino por el contrario, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico; es decir, porque tales reglas no se fundan en el prejuicio del juez, sino en elementos y fundamentos preconfigurados que procuran objetividad a la decisión.

Es por ello que la Corte Constitucional, en la providencia citada y en el aparte en el que incorpora la doctrina a la jurisprudencia sobre la materia, ha dicho: *“Las reglas de la sana crítica son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión, en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”*³⁵.

5.2.4. Fundamento jurisprudencial

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

5.2.4.1. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 8 de septiembre de 2004

En esta jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia se propone resolver la situación ocurrida a un ciudadano que fue abordado por varios individuos para robarle y ante su reacción le propinaron un disparo en el tórax que le causó la muerte, circunstancia que dio lugar a la captura de un sujeto a quien se le atribuyó la autoría del hecho. El defensor del acusado acusa al sentenciador de haber violado, de manera indirecta, “una norma derecho sustancial por error de hecho en la apreciación de prueba testimonial”, yerro que condujo a inaplicar el artículo 29 del anterior Código Penal y el artículo 30, inciso tercero, del actual estatuto represor. Por consiguiente, estima que el yerro del juzgador es trascendente, puesto que no puede desconocer o dejar de apreciar las pruebas allegadas al diligenciamiento, máxime cuando en este supuesto los testigos fueron reiterativos en sostener que vieron a varios sujetos participar en la comisión de los hechos.

Estima la Corte que el error de hecho lo generan tres juicios, a saber:

- a) Falso juicio de existencia, según el cual, el juzgador, al momento de valorar individual y mancomunadamente las pruebas, supone un medio de convicción que no obra en el diligenciamiento o excluye uno, los que tenían la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión absolutoria o de condena.
- b) Falso juicio de identidad, en el que incurre el juzgador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del contenido material del medio probatorio, bien porque se le coloca a decir lo que su texto no encierra o porque se le hace expresar lo que objetivamente no demuestra.
- c) Falso raciocinio, cuando el sentenciador se aparta, al momento de apreciar los medios de convicción, de los postulados de la sana crítica,

es decir, de las leyes de la lógica, de la ciencia, de las máximas de la experiencia o del sentido común.

No obstante la existencia de un error de hecho, de todos modos, guardó silencio sobre el falso juicio que lo generó, limitando su argumentación a hacer breves críticas generalizadas sobre la manera como el Tribunal valoró los medios de prueba, tales como que de la declaración de Irma Huertas se puede concluir la inexistencia de la conducta punible, o que resulta “inadmisible plantear que hubo infracción a la ley penal” o que “en definitiva erró el Tribunal porque le dio valor probatorio a unas pruebas que no las tenían”.

Por consiguiente, el juzgador, dentro del sistema de apreciación probatoria, goza de libertad para justipreciar los medios de convicción, sólo limitado por los postulados que informan la sana crítica³⁶.

5.2.4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 12 de septiembre de 2005

La Corte ha señalado, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites que impone el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, no ha adoptado una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso 20604. Septiembre 8 de 2004. M.P. Jorge Luis Quinterio Milanés.

fundar un fallo. Este criterio es válido para los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen de amplias facultades en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia³⁷.

5.2.4.3. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 27 de septiembre de 2002

En esta jurisprudencia se recibe demanda por violación indirecta de la ley sustantiva, por error de hecho debido a falso juicio subjetivo de sana crítica, que corresponde al que la jurisprudencia de la Corte ha dado en llamar falso raciocinio. En este caso, aunque el demandante desaprobó la credibilidad que le dio el Tribunal al testimonio de un testigo, tema que en cuanto represente sólo discrepancia de criterios entre impugnante y fallador no es admisible en casación, por lo que se acertó al ubicar el yerro en el falso raciocinio porque en la valoración de la prueba el *Ad quem* habría desconocido las normas de la sana crítica. Sin embargo, en lugar de señalar las reglas de la experiencia, los principios de la lógica o los postulados de la ciencia que transgredió el juzgador, así como las reglas, principios y postulados que correctamente ha debido aplicar, se limitó a insinuar cómo, desde su perspectiva, se debió examinar el testimonio, para concluir que el testigo mintió porque dijo que no pudo hallar los recibos de pago, pues si encontró algunos es porque los demás no existen. Y como el Tribunal no tuvo en cuenta esa hipótesis, contrarió la sana crítica “por creerle a quien miente”, reduciendo el ataque, entonces, a la inaceptable discusión sobre el valor persuasivo de un determinado elemento de convicción³⁸.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 2 de julio 2004. M.P. Herrera Ulloa.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado No 18733. Septiembre 27 de 2002. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

5.2.4.4. Corte Constitucional: Sentencia C-622 de 1998

Manifiesta el actor, que las disposiciones que acusa obligan al juez a sospechar de las personas que se nieguen a asistir a una audiencia para responder un interrogatorio, a presumir de ellos confesiones sobre asuntos no probados, a atribuirles indicios graves en su contra cuando se muestren renuentes o evasivos en una diligencia, cuando no colaboren con los peritos, o cuando considere que con su actitud obstaculizan una inspección judicial, lo cual, en su opinión, cercena la facultad del juez de valorar objetiva e independientemente el acervo probatorio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.

Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica: *“Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de*

razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”³⁹.

5.2.4.5. Corte Constitucional: Sentencia T-442 de 1994

Para la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones.

La afirmación de que el juez constitucional debe guiarse por los principios de la cautela y la discreción cuando se trata del análisis del acervo probatorio debatido en una sentencia impugnada por supuesta violación de los derechos fundamentales, se hace aún más perentoria cuando las pruebas en discusión son fundamentalmente testimonios. En estas situaciones no cabe sino afirmar que la persona más indicada, por regla general, para apreciar tanto a los testigos como a sus aseveraciones es el juez del proceso, pues él es el único que puede observar el comportamiento de los declarantes, sus relaciones entre

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sí o con las partes del proceso, la forma en que responde al cuestionario judicial, etc⁴⁰.

5.3. FUNDAMENTOS PARA UN ESTÁNDAR DENOMINADO MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

5.3.1. Valoración racional de la prueba

Según García Valencia, *“el momento culminante de la actividad probatoria se concreta en la valoración. Con ésta se trata de auscultar si la prueba obtuvo o no la finalidad de buscar la verdad sobre el acontecimiento que interesa al proceso penal y sobre el cual el funcionario judicial debe decidir”*⁴¹.

De ahí que se pueda sustentar que valorar es la función que realiza el funcionario judicial y en el cual las partes o los sujetos procesales podrán efectuar una labor de colaboración a través de sus alegaciones. Pero, la determinación del valor de la prueba recogida con efectos jurídicos, sólo compete al juzgador. Así, Rodríguez acepta que es propia del funcionario judicial *“la labor de aplicar el derecho al hecho controvertido, lo cual hace después y como conclusión de la evaluación que él realiza de las pruebas aportadas regular y oportunamente al proceso. Calificar las pruebas es, entonces, función exclusiva del juez, con la cual se cierra el ciclo probatorio”*⁴².

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴¹ GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 247 – 248.

⁴² RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Bogotá: Ediculco, 1979. p. 85.

Por su parte, Devis Echandía también la concibe como “*una actividad procesal exclusiva del juez*”⁴³ reconociéndole a las partes o a sus apoderados una función de colaboradores cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones o memoriales.

En términos generales, la valoración probatoria es el análisis que realiza el funcionario judicial para establecer el valor que merece la prueba aportada al proceso, en la demostración de los hechos que ésta genera para darlos por establecidos o no, y proceder a la aplicación de las normas penales.

En este sentido, el mismo Devis Echandía define la valoración o apreciación de la prueba judicial como “*la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido*”⁴⁴. Para Dohring, “*la apreciación de la prueba tiene por finalidad poner en claro hasta qué punto merecen fe diversos elementos probatorios (testificaciones, documentos, indicios). El juzgador quiere discernir si esos elementos proporcionan una base suficiente para dar por sentados los hechos que constituyen el verdadero objetivo del saber. Se trata casi siempre de apreciar los medios probatorios, es decir, de ponderar si un documento es auténtico y su contenido verídico, si un testigo ha expuesto los sucesos tal como fueron, si una fotografía refleja fielmente los puntos sustanciales, etc.*”⁴⁵.

Los conceptos relacionados confirman que la valoración tiende a medir el valor o el precio de los elementos probatorios. Entonces, podemos afirmar que la valoración probatoria ha evolucionado paralelamente con el desarrollo histórico del proceso. Gorphe recuerda que se han distinguido cinco fases en la

⁴³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 99.

⁴⁴ Ibid. p. 99.

⁴⁵ DOHRING, Erich. La prueba, su práctica y su apreciación. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1972. p. 16.

evolución del sistema probatorio y en la del sistema penal. *“En un principio fue la fase étnica, la de las sociedades primitivas, donde las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma típica de procedimiento estaba constituida por el delito flagrante. Vino después la fase religiosa, que se denominaría mística, en que se invocaba el juicio de Dios o de los dioses y se utilizaban las ordalías, probanzas diversas que constituían las peritaciones divinolegales del pasado. Apareció luego la fase legal, donde la ley no sólo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno y en el cual se considera la confesión como la reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos por obtenerla a toda costa, por la tortura o la question (tormento), cuando así es requerido. En cuarto lugar se encuentra la fase sentimental; en ésta, por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan sólo con su convicción íntima; se trata del sistema actual, instituido en función del jurado. Finalmente surge la fase científica, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan sólo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales”*⁴⁶.

En cierta medida, la práctica judicial ha entrado ya en esta última fase, al utilizar medios científicos para el descubrimiento e identificación de los delincuentes, y por recurrir a los laboratorios de policía o a los peritos (médicos, químicos y otros) cuantas veces hay que realizar investigaciones técnicas. Pero eso permanece limitado, y vuelve plantearse siempre la cuestión de saber cuál es la manera más general de que el examen de las pruebas se convierta en más científico.

⁴⁶ GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Buenos Aires: Editorial La ley, 1970. p. 8 – 9.

Gorphe aclara que *“la valoración científica, obviamente, no tiende a reemplazar al funcionario judicial por los peritos, quienes cumplen funciones diferenciales en el proceso, siendo más vasta y con mayor poder decisorio del primero”*⁴⁷. Resalta que teniendo el funcionario judicial libertad para decidir su convicción, la apreciación de las pruebas constituye una cuestión de hecho, o más exactamente un conjunto de cuestiones de hecho, regidas por leyes físicas psicológicas, concluyendo que *“en una concepción racional la justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de elementos de prueba fijando las bases de la sana crítica o persuasión racional”*⁴⁸.

Hoy en día, estas tendencias doctrinales tienen alguna aplicación en los diversos sistemas procesales, los métodos de tarifa legal o prueba tasada, el de la libre convicción y el de sana crítica o persuasión racional. Hay autores que consideran que puede hablarse de tres sistemas perfectamente diferenciales, mientras otros opinan que sólo existen la tarifa legal y la sana crítica porque la libre convicción hace parte de éste último.

Devis Echandía⁴⁹ señala que como ventajas del sistema de la tarifa legal se han mencionado las siguientes: proporciona mayor confianza en la justicia al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley y las libra de toda sospecha de arbitrariedad; suple la ignorancia o falta de experiencia de los jueces con reglas adoptadas como resultado de la enseñanza de la experiencia, la lógica y la psicología, orienta sabiamente al juez en la averiguación de la verdad, evitando la sobreestimación peligrosa o el rechazo

⁴⁷ Ibid. p. 9.

⁴⁸ Ibid. p. 9.

⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 84 – 109.

injustificado de los medios de prueba aportados al proceso y permite la uniformidad de las sentencias en cuanto a la apreciación de las primeras. Cualquier juez guiado por la ley llega a la misma conclusión.

A estas ventajas se agrega que la confianza en la justicia depende más de la calidad humana de los jueces que del sistema a aplicar. La justicia es un problema de hombres más que de leyes; la arbitrariedad de los jueces no se impide con una regulación minuciosa de la prueba, sino con una sólida formación moral, hoy día con la proliferación de estudiantes de derecho, la divulgación de sus enseñanzas, etc., no hay justificación para la tarifa legal y no es la uniformidad sino la justicia de las decisiones lo que importa.

Expone como desventajas del sistema que mecaniza o automatiza la función de los jueces en tan importante aspecto del proceso, como es la valoración, quitándoles personalidad e impidiéndoles formar un criterio personal, obligándolos a aceptar soluciones en contra de un convencimiento lógico razonado; conduce a *“declarar como verdad una simple apariencia formal, produciendo un divorcio entre la justicia y la sentencia y convirtiendo el proceso en una justa aleatoria propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética”*⁵⁰.

Al estudiar la libre apreciación se puede advertir que ésta obedece a distintas denominaciones: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales.

El tratadista en cuestión rechaza toda distinción entre la sana crítica o persuasión racional y la íntima convicción o libre convencimiento del jurado.

⁵⁰ Ibid. p. 84 – 109.

Advierte que *“no es cierto que como principio se otorgue al jurado libertad para separarse de las reglas de la experiencia y de lógica, ni para acoger una conclusión que no le parezca razonablemente convincente, pues, por el contrario, son éstas exigencias obvias e implícitas para todo jurado, sea o no capaz de cumplirlas según el grado de su cultura”*⁵¹. Y agrega: *“Tampoco es cierto que los jurados puedan resolver con base en su personal conocimiento de los hechos, separándose del material probatorio que existe en el proceso y que les ha sido puesto en conocimiento, pues, por el contrario, la prohibición de tener en cuenta el conocimiento personal del juzgador, ajeno al proceso rige para jueces y jurados y es garantía esencial del derecho de defensa”*⁵².

De acuerdo a lo anterior, la íntima convicción hace parte de la persuasión racional, existiendo sólo una diferencia entre el juzgamiento del juez y el del jurado consistente en que el primero debe motivar su fallo no así este último. De manera que, sólo existen dos sistemas de valoración.

Concretando su concepción del sistema de la sana crítica, Devis Echandía expone que éste *“se caracteriza porque el juez debe explicar el proceso de su convicción en la motivación del fallo, para cumplir con los requisitos de la publicidad y la contradicción que forman parte de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa”*⁵³.

El sistema tiene una variante en el juzgamiento por parte del jurado de conciencia que no debe motivar su decisión. Pero la apreciación no puede ser arbitraria, se debe hacer razonando y con fundamento en lo discutido en el proceso. El arbitrio del jurado se controla a través de la contraevidencia. En la

⁵¹ Ibid. p. 84 – 109.

⁵² Ibid. p. 84 – 109.

⁵³ Ibid. p. 110.

actualidad nuestro sistema de procedimiento penal no contempla la intervención del jurado, porque la Corte Constitucional declaró inconstitucional su existencia⁵⁴.

La libre apreciación no exime de la exigencia de algunas formalidades para la validez de la prueba, ni es incompatible con el señalamiento por la ley de los medios de prueba. Lo libre es la valoración. La producción de la prueba debe ser regulada. Ello constituye garantía de defensa. Este sistema exige que el fallo debe ser revisado por el superior.

Sin embargo, el sistema entraña peligro de arbitrariedad, porque no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse seguridad probatoria, ya que una incógnita (la sentencia) depende de otra incógnita (la convicción judicial), implica inseguridad para los derechos de los ciudadanos en la medida en que no se tiene seguridad del valor atribuido al medio de prueba de que se dispone para demostrarlo.

A estos problemas se responde haciendo notar que la exigencia de motivaciones en la apreciación de la prueba, la remisión para ello a los principios de la experiencia, la lógica, la psicología, la técnica, etc.; la revisión por el superior; la práctica legal y la prohibición para considerar las aportadas ilegalmente y la preparación de los jueces, disipan cualquier peligro de arbitrariedad. Ahora, la inseguridad del derecho desaparece ante la motivación del fallo y su revisión en apelación o casación.

Como ventajas se resalta que el sistema tiene bases reales y objetivas como son los principios de la experiencia, la psicología, y la lógica que guían en forma

⁵⁴ Dicha inconstitucionalidad se declaró a través de la Sentencia C-226 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

acertada el criterio del juez. Brinda suficientes garantías con la motivación del fallo y su revisión en instancia superior y requiere formación, preparación y honestidad de los jueces, lo cual es garantía contra la arbitrariedad.

Lo anterior lleva a establecer que el sistema de la tarifa legal ha sido rebasado con creces y que hoy en día impera en el campo jurídico probatorio el de la sana crítica o la persuasión racional.

5.3.2. Los hechos como fundamento de la prueba

Existe una vinculación funcional entre prueba y verdad de los hechos. Dicho vínculo consiste en que las pruebas permiten establecer si los hechos que son relevantes para una decisión se han producido realmente y así también establecer cuáles de esos hechos son hechos relevantes; con esa relación, la prueba asume la función de poder fundamentar y controlar la verdad de las afirmaciones de los hechos.

Sin embargo, para Taruffo, existen dos razones por las cuales el concepto de verdad de los hechos es altamente problemático y produce complicaciones e incertidumbre en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. Dichas razones las expone de la siguiente manera:

1º. "La relación que se establece entre la idea de una verdad judicial o procesal especial y la idea o las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso; de lo que se trata es de saber si hay identidad o analogía entre las concepciones de verdad o si la verdad del proceso es realmente particular o especial, y en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquella es particular o especial.

2º. *Se refiere al lugar que se le atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso*"⁵⁵.

Sobre lo anteriormente dicho, vale la pena tener en cuenta el planteamiento de Marina Gascón: *“El conocimiento de hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. «Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados» podría ser el lema de esta tradición. En el fondo de la misma late una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación; incluso si tal evidencia se ha obtenido “indirectamente”, mediante una metodología inductiva.*

*La tarea de lo que hoy se llama “construcción de la premisa menor del razonamiento jurídico”, se apoyó en ritos y procedimientos fantásticos o cuasi-litúrgicos en los que estaba ausente cualquier apelación a la razón, incluida la razón empírica: atender a los hechos como paso previo a la decisión judicial y confiar a la observación la determinación de los mismos representó un gran paso adelante en la historia de la racionalidad. Aunque ha sido un paso no exento de dificultades”*⁵⁶.

Ahora bien, las realidades con las que se configura el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados de contenido por el juez mediante juicios de valor:

1. *“Los hechos externos son acontecimientos que se producen en la realidad sensible, sea con la intervención humana (hechos externos*

⁵⁵ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 13.

⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 7.

humanos), sea sin la intervención humana (hechos externos naturales). A veces los hechos externos no aparecen definidos en términos puramente fácticos, sino jurídicamente condicionados, lo que significa que están definidos en relación con el Derecho; es decir, hay que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado. Se trata entonces de los llamados “hechos institucionales o jurídicos”. Así sucede cuando se establece determinado tratamiento jurídico para los casados, los propietarios, los menores de edad, etc., donde la fijación del hecho (estar casado, ser propietario, ser menor de edad) exige la realización de una previa calificación jurídica de hechos externos mediante otra norma del sistema.

- 2. Los hechos internos o psicológicos denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta, o el conocimiento de un hecho por parte de alguien. Como afirma Taruffo, son hechos internos a la esfera mental, cognoscitiva o emocional de un sujeto.*
- 3. Los hechos cuya constatación presupone un juicio de valor son calificaciones de una conducta o de un estado de cosas que deben ser llenadas de contenido mediante juicios valorativos”⁵⁷.*

Por lo común, los hechos relevantes jurídicamente (los que definen las notas distintivas del supuesto de hecho y que constituyen el objeto de la prueba) son “hechos externos”, alteraciones producidas en el mundo de la realidad sensible; por ejemplo, “el que matare a otro”, “si la cosa queda destruida”, etc. Y desde luego si todos los hechos relevantes para la fijación de la premisa menor tuviesen un claro referente empírico, entonces no habría dificultad en afirmar el

⁵⁷ Ibid. p. 75 – 82.

carácter descriptivo de la misma y todos los problemas relativos a la fijación o prueba de los hechos se resumirían en dificultades de determinación de la verdad de los enunciados fácticos mediante juicios empíricos. Lo cual vale también para los hechos “jurídicamente condicionados”, que remiten a una comprobación de hechos externos descritos en otra norma.

Sin embargo, “junto a estos hechos externos, el supuesto fáctico legal otorga a veces relevancia a otro género de hechos cuya comprobación ha de hacerse mediante una serie de pautas de interpretación de la conducta humana: se trata de los que suelen denominarse “hechos internos o psicológicos”; esto es, los que cualifican la voluntad de un individuo (si tuvo intención de realizar una conducta, si hubo ánimo de lucro, ánimo de engañar, etc.) o determinan su conocimiento acerca de un hecho (por ejemplo, si conocía el origen ilícito de los objetos en el delito de receptación). La presencia de hechos psicológicos es particularmente cierta en la sentencia penal, pues, dado que no existe delito sin culpa o dolo, resulta que esta dimensión interna o subjetiva ha de ser siempre constatada como “hecho probado” para que la conducta enjuiciada pueda ser subsumida en el tipo penal. Pero la existencia de hechos psicológicos plantea una duda en el marco de un modelo cognoscitivista: la de si puede seguir manteniéndose el carácter meramente descriptivo de los enunciados sobre esos hechos”⁵⁸.

Como puede verse, la configuración legal de los hechos calificados por juicios de valor puede tener lugar de distintos modos. A veces la norma determina directamente y con cierta precisión cuáles son los hechos o comportamientos sujetos a valoración; otras, por su parte, la base empírica de la valoración viene determinada de forma tan indirecta y vaga que podría decirse incluso que el

⁵⁸ Ibid. p. 75 – 82.

supuesto de hecho legal (o sea, los hechos jurídicamente relevantes) se reduce a un juicio de valor.

Los juicios de valor no son descriptivos: los enunciados que los expresan no son susceptibles de verdad o falsedad y desde luego difícilmente puede decirse que son empíricamente contrastables; con lo cual, tales juicios rebajan o anulan el ideal verificacionista que preside la comprobación de los hechos y la formación de la premisa menor. Esto resulta cierto si se parte de que no cabe hablar de un objetivismo (o de un “realismo ontológico”) de los valores, ya que en caso contrario el problema desaparecería: *“la presencia en el supuesto de hecho de juicios de valor no obstaculizaría el mantenimiento de un modelo cognoscitivista de conocimiento de hechos”*⁵⁹.

Y es que, en realidad, cuando en la determinación del supuesto de hecho están presentes juicios de valor, lo que hay más bien es un doble proceso de calificación jurídica: *“uno primero que obliga a calificar como degradantes, vejatorios u obscenos ciertos hechos previamente fijados, donde el juicio resulta notablemente discrecional; y uno segundo, ya más reglado, que califica como delito a lo previamente considerado perverso o inmoral”*⁶⁰. Cuando en el supuesto de hecho legal se incluyen juicios de valor, la fijación de los hechos valorativamente cualificados se confunde con la propia calificación jurídica.

En conclusión, la presencia en el supuesto de hecho legal de hechos psicológicos y conceptos que han de ser integrados con juicios de valor, y la subsiguiente necesidad de constatar si tales datos concurren en el caso concreto, plantea dudas acerca de si la operación judicial de fijación de los hechos puede ser concebida como meramente fáctica o descriptiva o si más

⁵⁹ Ibid. p. 75 – 82.

⁶⁰ Ibid. p. 75 – 82.

bien ha de serlo como una operación valorativa o normativa. Así las cosas, por más que ciertas interpretaciones vean en los juicios sobre hechos psicológicos una clase de juicios de valor, esta asimilación debe ser desechada. Los hechos psicológicos son hechos y no valores; y, por tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos, aun cuando la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada que cuando de hechos externos se trata. Pero no cabe decir lo mismo de los juicios de valor, pues, salvo que se acepte un objetivismo extremo, éstos se confunden con la calificación jurídica (y, por tanto, normativa o valorativa) de los hechos.

5.3.3. La motivación de los hechos

Para hablar de motivación de los hechos, es necesario hacer énfasis, en primer lugar, sobre el sentido de la motivación de los hechos. Muchos autores (Taruffo, Gascón Abellán, Camacho y Ferrer) se han sentido comprometidos con este concepto, sin embargo, éste sigue siendo una “zona de penumbra” en el funcionamiento del sistema judicial sostenida por una amplia tradición que atribuía este juicio al ámbito del arbitrio judicial. *“Ni siquiera la Ilustración, que supuso un gran avance en la historia de la racionalidad jurídica al recuperar la tradición acusatoria inglesa, sostuvo la necesidad de motivar; es más, se argumentaba incluso sobre la incompatibilidad lógica entre motivación y veredicto”*⁶¹.

De acuerdo con la propuesta de Taruffo, existen varias tendencias sobre el sentido de la motivación de los hechos ⁶²: la primera tendencia está representada por la llamada “concepción demostrativa” de la prueba, que concibe a ésta como instrumento de conocimiento de una verdad material incontrovertible y cuyo referente histórico más claro se encuentra en los

⁶¹ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 13.

⁶² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 195.

sistemas inquisitivos continentales y sobre todo en la fórmula silogística como modelo de racionalización del procedimiento; la segunda tendencia estaría representada por la llamada “concepción argumentativa o retórica” de la prueba, que concibe a ésta como argumento persuasivo y cuyo principal referente histórico son los sistemas de *common law* y sobre todo las corrientes antiformalistas (irracionalistas).

La mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas, y, por tanto, no reclama motivación. Si se asume desde un punto cognoscitivista que valorar consiste en verificar los enunciados fácticos, en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces la motivación ni es innecesaria ni es imposible. En efecto, es evidente que *“la libre valoración no puede verse como un modo de formación o construcción de una “verdad procesal” ajena al control de los hechos, sino que ha de ser una operación racional, entendida la racionalidad no como un mero automatismo, sino como la manifestación de que, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable dar por verdaderos (probables más allá de la duda) ciertos enunciados fácticos. Por ello, el principio valorativo de la libre convicción no tiene sentido si no se conecta, a su vez, con la exigencia de motivación, de explicitación de las razones que apoya la verificación de esos enunciados, pues en otro caso la libre valoración se convertiría en valoración libre, discrecional, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitismo para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial”*⁶³.

Por su parte, según Taruffo⁶⁴, la propia cultura jurídica contemporánea refleja cada vez más este modelo epistemológico que exige la motivación como su

⁶³ Ibid. p. 197.

⁶⁴ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 14.

clave de cierre. Primero, porque todos los sistemas procesales, incluso los “demostrativos” propios del *civil law*, son conscientes de la estructura probabilística de la decisión sobre hechos. Segundo, porque todos los sistemas procesales, incluso los “argumentativos o retóricos” propios del *common law*, conciben el procedimiento de valoración de la prueba como verificación de las distintas hipótesis de reconstrucción de los hechos.

Pero la motivación de los hechos no sólo se resume en el sentido de la misma; dicha motivación también posee unas funciones. De este modo, si el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder (el instaurado por la libre valoración de la prueba) que se reconoce más o menos discrecional, dos son las principales funciones que cumple la motivación⁶⁵: una extra-procesal o político-jurídica o democrática, por cuanto vinculada al control no procesal o interno, sino democrático o externo de la decisión, y otra endo-procesal o técnico-jurídica o burocrática, por cuanto vinculada al control procesal o interno de la decisión.

La función extra-procesal que cumple la motivación consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público. La motivación tiene una dimensión pedagógica, de “explicación” de la racionalidad de la decisión, y constituye así una garantía de publicidad que se conecta con la exigencia de un control democrático y de responsabilización externa de la función judicial. Mientras que la función endo-procesal, lo que busca es facilitar el control interno de las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 200.

De igual modo, hoy se puede hablar, inclusive, de una tercera función de la motivación, la función respecto del propio juez, que, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos; es decir, es muy posible que la conciencia de tener que motivar “*condicione la formulación de la decisión someténdola a controles racionales y jurídicos*”⁶⁶.

Por último, ha de quedar claro que el deber de motivar es extensible a todas las pruebas, aunque en cada caso plantee exigencias parcialmente diferentes. Hay una fuerte tendencia a reducir el ámbito de lo que necesita ser motivado⁶⁷: unas veces excusando directamente la necesidad de probar (y, por tanto, de motivar) determinados hechos; otras veces aliviando (hasta casi anular) las exigencias de motivación de ciertas pruebas. En el primer caso, se encontrarían los hechos notorios y (en el proceso civil) los hechos admitidos. En el segundo, las constataciones y la habitualmente llamada prueba directa.

En síntesis, la exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Ésta es la regla general, y en su cumplimiento encuentra el juez la legitimidad de su actuación. Por eso, al margen de los supuestos en que fundadamente puedan rebajarse o incluso anularse las exigencias de motivación, podría extenderse al juez que éste no es una especie de profeta que conoce la verdad, pero tampoco alguien que opera sin fundamento; es más bien un sujeto racional que hace una apuesta (la declaración de hechos de la sentencia) conociendo bien las leyes de la probabilidad. Por eso debe poder demostrar que ésa es la mejor apuesta, que eso es lo mejor que puede hacer.

⁶⁶ TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 14.

⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 203.

5.3.4. La motivación de la decisión jurídica

El instrumento jurídico idóneo para garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que representa el signo más importante y típico de “racionalización” de la función judicial. La motivación es justificación, exposición de las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable y constituye así una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder.

En la sociedad moderna, la justificación o motivación de las decisiones tiende a verse, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces. *“Suele decirse que sólo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario; si el sentido de las decisiones judiciales ya no se muestra evidente.., y sus autores ni quieren ni pueden mostrarse arbitrarios, parece lógico que hayan de ganar la legitimidad a través de su actuación, es decir, en el iter que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo; un iter que se resuelve en un intento de justificación tanto de las premisas como de su desarrollo”*⁶⁸.

Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, también, una particular importancia de acuerdo a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.

⁶⁸ PRIETO L. Citado por: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 191 – 192.

De acuerdo a lo dicho, *“la decisión judicial puede concebirse como la conclusión de un silogismo práctico, por lo que su justificación habrá de consistir necesariamente en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión. Pero no se agota con ello. Para que la decisión esté justificada es necesario, además, que las premisas de las que se parte sean correctas; es decir, estén, a su vez, justificadas. Para hacer referencia a estas dos diferentes justificaciones, se ha convertido en un lugar común hablar de justificación interna y justificación externa. Se entiende que una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. Está externamente justificada cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Así, cuando ni la premisa normativa ni la fáctica plantean problemas, la justificación se reduce (tan sólo) a justificación interna; es decir, se agota en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce, a partir de las premisas, a la conclusión. La exigencia de justificación externa aparece, sin embargo, cuando las premisas (normativa o fáctica, o ambas) exigen nuevas argumentaciones. Por ello hay quien considera asimilable el binomio justificación interna/justificación externa con el binomio casos fáciles/casos difíciles. Con todo, la justificación de una decisión sólo puede entenderse completa cuando esté no sólo interna, sino también externamente justificada, con independencia de que en determinados casos (difíciles) el peso de la motivación recaiga sobre la justificación externa”*⁶⁹.

Ahora bien, aunque la cultura de la motivación es relativamente reciente, no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable. La cultura de la motivación, sin embargo, ha

⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 193 – 194.

encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba, más aún en el contexto mismo del estándar de prueba.

5.3.5. Los estándares de prueba

5.3.5.1. Concepto de estándares de prueba

Es en este contexto de valoración racional donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba, que *“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”*⁷⁰. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente, la construcción de un estándar de prueba implica dos cosas: a) en primer lugar implica decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; b) en segundo lugar, implica formular objetivamente el estándar de prueba, es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido.

Como puede verse, los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional. Más exactamente, cumplen dos funciones. Una función heurística (en cuanto guías de una valoración racional): el estándar de prueba es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función justificadora después (en cuanto criterios de la motivación): el estándar de prueba es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria.

⁷⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. España: Universidad de Castilla La Mancha, 2005. p. 28.

5.3.5.2. Los estándares de prueba según la doctrina

Existen diversos doctrinantes que se han acercado al concepto de “estándar de prueba” a través de un discurso de naturaleza iusfilosófico y epistemológico. En este sentido, se resalta el papel doctrinal de diversos autores tales como: Jordi Ferrer, Michel Taruffo, Larry Laudan y Marina Gascón Abellán.

Desde esta perspectiva, el jurista español Jordi Ferrer, al referirse a los estándares de prueba y dando por sentada una determinación tácita, logra establecer dos conclusiones importantes. En primer lugar, afirma el tratadista, la falta de certeza sitúa al individuo en el ámbito del razonamiento probabilístico. Sin embargo, *“decir esto es más bien poco por cuanto hay muchas nociones de probabilidad y seguramente no hay entre ellas más que un aire de familia. No quisiera abundar mucho sobre este punto, aunque sí diré que no creo que la probabilidad frecuentista o la denominada probabilidad subjetiva, que usa una metodología matemática, sean aptas para dar cuenta del razonamiento probatorio en su conjunto”*⁷¹.

En segundo lugar, resulta perentorio establecer un umbral a partir del cual se acepte una hipótesis como probada. Ese umbral, o estándar de prueba, no tiene porqué ser el mismo en todos los ámbitos y para fijarlo es necesario atender a valoraciones de política legislativa (de política criminal). *“Si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel”*⁷².

⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. Op. Cit. p.

5.
⁷² Ibid. p. 5

Según la concepción de Taruffo, “*los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos*”⁷³. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atención que les corresponde en el ámbito científico del que provienen.

De este modo, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia del que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atención, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atención de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares con toda probabilidad no muy frecuentes la prueba científica es capaz, por sí sola, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso.

Para Taruffo, estas consideraciones llevan a tener en cuenta que “*el recurso científico sirve tanto en el ámbito civil como en el ámbito del proceso penal, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas, e incluso provoca una serie de cuestiones y de dificultades. Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse y a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y*

⁷³ TARUFFO, Michel. Conocimiento científico y estándares de prueba. *En*: Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVIII, num. 114. Septiembre – diciembre de 2005. pp. 1285 – 1312.

*controlar la discrecionalidad de juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atención y de utilidad probatoria*⁷⁴.

Sin embargo, según piensa Taruffo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la íntima cognición irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades llevan a la conclusión de que se necesitan modelos conceptuales y lógicos particularmente complejos, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema de la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto de la ciencia en los diferentes contextos procesales.

En otras palabras, todo lo anterior equivale a decir que el juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos "datos", debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, *"lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba"*⁷⁵.

Esto remite a otro problema y es el de los criterios con los que el juez debe formular las inferencias en las que se articula su razonamiento. Dejando aparte los casos en los que es posible servirse de conocimientos científicos, el juez sólo puede remitirse al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común. No obstante, también en este aspecto del

⁷⁴ Ibid. pp. 1285 – 1312.

⁷⁵ Ibid. pp. 1285 – 1312.

razonamiento del juez existen muchas posibilidades de error. De un lado, el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a este pseudo-conocimiento. Sin embargo, de otro lado, el sentido común y la experiencia generan informaciones no controladas, nociones sin fundamento y a menudo falsas, pseudo-reglas extraídas en realidad de errores y prejuicios.

Tal situación implica que “el juez debe someter a control crítico no sólo los inputs que extrae del contacto directo con la prueba, sino también las reglas y los estándares que usa para interpretar estos inputs y para obtener inferencias a partir de ellos. Es más, el discurso puede ser invertido: frente a las impresiones que le llegan del contacto con la prueba, el juez debe encontrar, en el repertorio de background knowledges que le ofrece la cultura media, estándares creíbles e intersubjetivamente aceptables con los que podrá seleccionar e interpretar los elementos cognoscitivos que le proporciona la prueba. Sólo los elementos que tienen sentido de acuerdo con criterios aceptables de conocimiento pueden ser usados como base para las inferencias en las que se articula el razonamiento del juez sobre la prueba. Todo el resto, como ya se ha dicho, es tamquam non esset y debe quedar excluido de la decisión del juez sobre los hechos”⁷⁶.

Desde esta óptica, se suele decir que en los dos tipos de proceso deberían aplicarse distintos estándares de prueba: en el proceso civil se debería aplicar (como a menudo sucede) el estándar de la probabilidad prevalente, de acuerdo con el cual se da por probada la versión de los hechos que aparece como "más probable" a la luz de las pruebas obtenidas; mientras que en el proceso penal debería aplicarse el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable,

⁷⁶ Ibid. pp. 1285 – 1312.

según la cual sólo en el caso de que la prueba haya ofrecido la "certeza" sobre los hechos podría ser condenado el acusado.

Por ahora, este último aspecto no será discutido aquí, ya que se tratará con mayor precisión más adelante; sin embargo conviene señalar que se insertan en el discurso relativo a la prueba de los hechos y a la valoración de la prueba, y que son relevantes al menos en el sentido de hacer necesarias varias distinciones de acuerdo con el tipo de proceso al que se haga referencia.

Por su parte, el pensador e iusteórico estadounidense, Larry Laudan se refiere al estándar de prueba como un elemento de juicio intrínsecamente subjetivo que no ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias. Es así como establece este autor que *"en un sistema con tales estándares, pruebas que pueden convencerle a A de la culpabilidad de X no van a persuadirle a B de que X es culpable. Obviamente, no podemos esperar ni uniformidad ni justicia si cada juez utiliza sus propios criterios"*⁷⁷.

Lo que propone Laudan es que en vez de utilizar estándares de prueba subjetivos, como la convicción íntima o la ausencia de una duda razonable, se debe recurrir a varios estándares objetivos y exigentes. Ellos son objetivos porque no dependen de los caprichos de que cierto juez tenga o no una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado. Y son exigentes porque no se quiere condenar con ellos a alguien excepto que se tenga una prueba muy sólida y robusta.

Por último, Gascón Abellán afirma que *"la construcción de un estándar de prueba es una elección política o valorativa por la que se determina cuál de los*

⁷⁷ LAUDÁN, Larry. Por qué un estándar de prueba objetivo y ambiguo no es un estándar de prueba. México: UNAM, 2005. p. 45.

siguientes dos errores en el conocimiento de los hechos se considera más asumible. Por un lado, “aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, o por el otro, no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero”⁷⁸.

Según Gascón Abellán, la manera de formular estándares de prueba objetivos dependerá del esquema de valoración (y por tanto del concepto de probabilidad) que se maneje; en los esquemas matemáticos se formularán cuantificando el grado de probabilidad exigible para probar un hecho, a su vez en los esquemas basados en el grado de confirmación será estableciendo exigencias o grados de confirmación. En suma, los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para la valoración (primero) y de esquemas para la justificación (después) será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación.

5.3.6. ¿Qué significa “más allá de toda duda razonable”?

Cuando se habla de que una prueba debe estar más allá de toda duda razonable inmediatamente cobra vida su contextualización en el ámbito del sistema judicial anglosajón, en el cual se exige que la prueba debe establecerse por encima de cualquier duda. Ahora bien, afirmar que la prueba debe estar más allá de toda duda razonable no equivale necesariamente a que debe estar más allá de toda sombra de duda, ya que en tal situación se necesitaría descartar, en su totalidad, cualquier otra versión de los hechos diferente a la que da lugar la imposición de la culpa, mientras que generalmente se admite que este postulado permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables.

⁷⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. Cit. p. 98.

En otros sistemas jurídicos precisamente por tratar de evitar las disyuntivas que se gestan en torno a la noción de “más allá de toda duda razonable”, se ha optado por estándares de prueba menos rígidos y rigoristas. En contextos jurídicos civilistas se ha dado crédito a la categoría de “prueba preponderante” que exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia. También en el ámbito anglosajón se ha formulado el estándar denominado “prueba clara y convincente” que sólo se exige para la prueba de ciertos hechos en el proceso civil, tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude⁷⁹.

Lo que puede tenerse en cuenta sobre la regla “más allá de toda duda razonable” es que éste es un concepto prácticamente indeterminado, es decir, no puede enunciarse una definición general sin el riesgo de caer en generalidades o hipótesis que no permiten tener una idea clara de su alcance. Sin embargo, estas dificultades no impiden una aproximación a su significado, el cual está determinado por los requisitos que deben exigirse respecto de los medios de prueba en los que el juez basa su decisión para que, valorados dichos medios, pueda considerarse que están más allá de toda duda razonable.

Respecto a estos requisitos puede establecerse que no basta con la fiabilidad, pluralidad y pertinencia; ante todo, se requieren de reglas de racionalidad inductiva que han de dictar la manera como se ha de valorar cualquier otro tipo de prueba.

Desafortunadamente, la jurisprudencia colombiana no ha abordado el tema de la regla “más allá de toda duda razonable” de manera concreta y unívoca;

⁷⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. España: Universidad Alicante, 2005. p. 2.

simplemente se ha dedicado a enumerar algunas reglas de valoración que resulta pertinente tener en cuenta aquí, aún a la luz de jurisprudencias halladas en el derecho comparado.

En Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 20 de 2006, esta corporación se da a la tarea de analizar un caso de homicidio simple y porte ilegal de armas; se hace referencia al concepto de flagrancia, por un lado, y, por el otro, se analiza la valoración probatoria de la evidencia y elementos materiales de prueba admitidos como tales en el juicio y su capacidad demostrativa frente a la responsabilidad penal del imputado, más allá de toda duda razonable. Para la Corte los cargos no prosperan, por cuanto para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el juicio, y en este asunto el ente acusador no probó en el juicio más allá de la duda razonable que el imputado fuera el autor del homicidio investigado.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-060 de 2008, al recibir demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 (parcial) de la Ley 906 de 2004 que hace referencia a que en sentencia condenatoria se ordenare la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida, declara parcialmente inexecutable el artículo en cuestión y *“advierde que en cualquier evento en que, de acuerdo con lo expuesto, la cancelación de los títulos apócrifos deba ordenarse en un contexto diferente al de la sentencia de fondo, dicha decisión sólo podrá tomarse en la medida en que, habiéndose permitido el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados por la cancelación, su derecho haya sido legalmente desvirtuado, lo que ocurre precisamente al alcanzarse el "convencimiento más allá de toda duda razonable" sobre el carácter fraudulento*

*de dichos títulos, requisito cuyo rigor obviamente se mantiene, así no se logre la identificación, vinculación y condena de la o las personas penalmente responsables*⁸⁰.

En la jurisprudencia española, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de enero 2 de 2009, la Corte se da a la tarea de analizar el caso de un secuestro de ciudadanos españoles residentes en Georgia. Este Tribunal prueba, más allá de toda duda razonable, que no se trata de un acto terrorista con el que se pretendía atentar contra el orden político o la paz pública española o georgiana, sino que lo pretendido era simplemente la obtención de un botín. Corresponde a esta Sala *“verificar la observancia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos por parte de Tribunal sentenciador. En definitiva, comprobar si la certeza alcanzada por el Tribunal de instancia alcanza la consistencia del canon de certeza más allá de toda duda razonable (...). Tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas (...). En esta sede casacional, y de acuerdo con el contenido propio del control que debemos efectuar, comprobamos que la conclusión alcanzada debe ser mantenida desde el doble aspecto en que debemos efectuar nuestra verificación según la doctrina del Tribunal Constitucional. a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión, esta no es irrazonable, más bien, los propios indicios conducen normalmente a la conclusión de que el recurrente fue el organizador del secuestro, llevado a cabo por otros. b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente ya que esta conclusión no es abierta de suerte que quepan otras muchas y diversas hipótesis, no es débil ni tampoco es imprecisa. Se trata en definitiva de una conclusión que se sostiene más allá de*

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

*toda duda razonable, que como se sabe es el canon de certeza exigible en toda conclusión incriminatoria*⁸¹.

La regla “más allá de toda duda razonable”, como puede verse, comienza a ser una herramienta que aún en el derecho continental ha comenzado a cobrar fuerza debido a su amplia trascendencia en el ámbito del derecho anglosajón. Establecer una regla probatoria más allá de toda duda razonable implica, evidentemente, que se han de aprovechar las herramientas probatorias del derecho para que las dudas infundadas se desestimen por sí mismas.

5.4. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Según Taruffo⁸², el estándar de prueba, que es típico del proceso penal (y que no se adopta en ningún tipo de proceso civil), es el de la prueba más allá de toda duda razonable. Como ha quedado sentado, éste tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma en diferentes oportunidades hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense (aunque también existen fuertes tendencias hacia la aplicación de este mismo criterio en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Italia).

En este sentido, a pesar de la existencia de una amplia literatura sobre el mismo, se trata de un estándar adoptado por razones absolutamente válidas, pero que es muy difícil, sino imposible, definir analíticamente.

⁸¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sala de lo Penal. Sentencia del 2 de enero de 2009. M.P. Joaquín Giménez García.

⁸² TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Op. Cit. p. 15.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es esencialmente de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado la “certeza” de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente.

El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una política policiva, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: dicha política policiva se funda en limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable.

Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.

De igual manera, Taruffo agrega que *“son menos relevantes, o no convincentes, otras justificaciones que frecuentemente se adoptan para sostener la adopción del estándar de prueba más allá de toda duda razonable.”*

Así, por ejemplo, no parece que la demostración de la necesidad de utilizar este estándar provenga de la presunción de no culpabilidad del imputado, que existe en muchos ordenamientos (por ejemplo en Italia está contemplada en el artículo 27, párrafo 2 de la Constitución). Para superar esta presunción, como para superar todas las presunciones, no es necesario un grado particularmente elevado de prueba “en contrario” (probar la culpabilidad del imputado): de hecho, en ausencia de diversos criterios formulados por normas (o que pueden recabarse de normas), sería posible superar la presunción con una prueba ordinaria de culpabilidad, o sea con la probabilidad prevalente del enunciado correspondiente. Por otro lado, la formulación, también en el nivel constitucional, de la presunción de no culpabilidad se explica por razones histórico políticas: por la reacción a regímenes totalitarios en los que correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, y no por razones lógicas o sistémicas. Naturalmente esto sólo significa que el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable no es una consecuencia lógico-jurídica necesaria para la presunción de no culpabilidad, pero no demuestra que la adopción de dicho estándar sea injustificada. Por el contrario, es la adopción del estándar lo que le da una fuerza particular y un valor a la presunción de no culpabilidad, en la medida en la que el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable implica que es particularmente difícil vencer la presunción y condenar al imputado”⁸³.

Lo que puede verse de toda esta situación es que, aunque parece que no existen dudas sobre la existencia de razones de principio válidas para adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable según Taruffo, surgen dificultades relevantes cuando se trata de definir analíticamente su significado. De tal manera que, por un lado, todas las formulaciones que han sido

⁸³ Ibid. p. 15.

propuestas para definir con precisión cuándo una duda sobre la culpabilidad del imputado es “razonable” o “no razonable” se resuelven en juicios de verdad sobre una verdad o círculos viciosos, que en ocasiones limitan en lo ridículo o en la insensatez.

Al respecto, agrega el propio Michel Taruffo que *“son dignos de consideración los intentos para cuantificar en cifras porcentuales el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión, o el grado que tocaría a la duda razonable. Estas cuantificaciones se han formulado de manera impropia, partiendo de determinaciones de error tolerable: así, por ejemplo, algunos (Blackstone, en primer lugar, y Fortescue, posteriormente) han sostenido que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes de que un inocente sea condenado y, con base en esta afirmación, muy difundida, se ha concluido que la prueba más allá de la duda razonable debería superar un grado de confirmación del 95%, con la consecuencia de que la duda, para ser razonable, debería superar una probabilidad del 5%”*⁸⁴.

Sobre estos datos, que no son del todo ilógicos, existen varias versiones del margen tolerable de error, cada una de las cuales nos llevaría a cuantificar el estándar de manera diferente. *“Voltaire, por ejemplo, sostenía que era mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente (de modo que, para él, el estándar de prueba se colocaría alrededor de los 2/3), mientras que Mosè Maimonide pensaba que sería mejor absolver a mil culpables que condenar a un inocente (y, por lo mismo, en este caso, el margen de duda tolerable sería sólo de 1/1000). Por otro lado, parece poco sensato razonar en términos de margen de error en situaciones en las que el error no es verificable por la evidente razón de que no es posible saber si fue condenado un inocente o si*

⁸⁴ Ibid. p. 15.

fue absuelto un culpable, ni se puede saber cuántos inocentes han sido condenados o cuántos culpables han sido absueltos por cada 100 o 1000 sentencias de condena o de absolución. La única cosa válida en esta clase de argumentos es su Leitmotiv fundamental, es decir, la opción moral que se inclina por sistemas penales en los que se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente, aun a costa de incrementar sustancialmente el número de los casos en los que se absuelvan imputados culpables”⁸⁵.

El problema de estas cifras se centra en que no proporcionan una definición precisa de lo que es una “duda razonable” o una “prueba más allá de cualquier duda razonable”; lo único que se puede concluir es que esta duda puede ser sustituida por conceptos equivalentes como el de la “certeza”, de la “casi certeza” o de la alta probabilidad; o también reconocer que se trata de un concepto indeterminado que expresa un principio general que debe ser caracterizado por el juez en cada caso particular.

En otras palabras, no es con la lógica del cálculo de probabilidad estadística con la que se puede conseguir una determinación precisa del criterio, y no es con dicha lógica con la que se puede decidir en los casos individuales y concretos si las pruebas permiten o no superar el límite mínimo exigido para emitir una sentencia de condena. Lo razonable sería recurrir a lo que Taruffo denomina *fuzzy logic* (lógica difusa), que permite formular argumentaciones racionales en torno a conceptos vagos como el concepto de “duda razonable”. Este tipo de lógica no es ajena al derecho, pues inclusive el derecho penal es bastante rico en conceptos vagos o indeterminados que no pierden por ello su valor de garantía o la posibilidad de su aplicación concreta por parte de los

⁸⁵ Ibid. p. 16.

jueces al decidir (como, por ejemplo, también sucede con las normas constitucionales y con las cláusulas generales).

En términos generales, *“sigue siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza”*⁸⁶.

Según esta consideración de Taruffo, la adopción del criterio en cuestión hace particularmente difícil, en los casos concretos, probar la culpabilidad suficiente que justifique la condena del imputado. A su vez, este aspecto se vincula con elecciones fundamentales de justicia penal: si se parte de la premisa de que, como sea, se debe minimizar la frecuencia de las condenas (cualquiera que sea la razón por la que se lleva a cabo esta elección), sin importar si las absoluciones corresponden a sujetos inocentes o culpables, el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable se convierte en el instrumento más razonable para alcanzar este resultado.

Ahora bien, surge un interrogante, y es si se puede hablar de estándar de prueba más allá de la duda razonable en el proceso penal colombiano. El tratadista Jairo Parra Quijano⁸⁷ explica que los textos que se refieren a ese estándar son los artículos 7 y 381, del C.P.P. donde sólo se hace referencia a “más allá de toda duda” y el artículo 372 que utiliza la frase completa más allá de duda razonable. Es decir que en los dos primeros textos se utiliza el adjetivo;

⁸⁶ Ibid. p. 16.

⁸⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 851.

mientras que en el segundo de los nombrados no aparece el adjetivo, pero aparece la palabra “razonable”.

Para explicar esta conceptualización, Parra Quijano trae a colación el caso de Samuel Winship, abordado por la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el origen del estándar: *“El requerimiento de que la culpabilidad de un cargo criminal sea establecida por prueba más allá de una duda razonable, data al menos de nuestros primeros días como Nación. El requerimiento de un grado más alto de persuasión en casos criminales fue constantemente expresado desde tiempos antiguos (aunque), su cristalización dentro de la fórmula, “más allá de una duda razonable”, parece haber ocurrido tan tarde como en 1798. Pero cuando en realidad se dice expresamente que el estándar hace parte de las garantías constitucionales, es en el caso de Samuel Winship, es decir, del debido proceso, enmiendas V y XIV”⁸⁸.*

En estos términos, para entender el estándar mencionado, resulta pertinente hacer referencia al caso que dio lugar al pronunciamiento: *“Durante una audiencia en 1967, un juez en la Corte de Familia de Nueva York, encontró que el apelante, entonces un niño de doce años, había entrado a un locker y había robado \$112 del bolsillo de un libro de una mujer. Se acusó (al niño) de delincuencia, y se afirmó: “si hubiera sido hecho por un adulto, constituiría crimen”. El juez reconoció que la prueba podría no establecer culpabilidad más allá de una duda razonable, pero desestimó el reclamo del apelante (el niño), de que tal prueba fuera requerida por la décima cuarta enmienda. El juez confió en que: cualquier determinación en la conclusión de una audiencia sobre si un menor realizó acto o actos, puede basarse en el estándar de preponderancia de*

⁸⁸ Ibid. p. 851.

la evidencia (*“preponderance of the evidence”*), que es el que se aplica a los casos civiles”⁸⁹.

Para Parra Quijano, el tema a discutir y que permite entender la institución que se está estudiando es el siguiente: *“Aunque la décima cuarta enmienda no requiere que la audiencia en esta etapa cumpla con todos los requerimientos de un proceso criminal o del proceso administrativo usual, la cláusula del debido proceso requiere la aplicación durante la audiencia del juez de lo “imprescindible del debido proceso y tratamiento imparcial”. Entonces de lo que se trata específicamente es si el grado de convicción exigido: “más allá de una duda razonable, está entre lo “imprescindible del debido proceso y tratamiento imparcial requerido durante la etapa de la audiencia del juez cuando un menor es culpado de un acto que constituiría un crimen si fuera cometido por un adulto”*⁹⁰.

Al respecto, la Corte dijo: *“El estándar de duda razonable, juega un papel vital en el esquema del procedimiento penal americano. Es un instrumento principal para reducir el riesgo de condenas apoyadas en errores de hecho. Proporciona sustancia concreta a la presunción de inocencia, principio axiomático y elemental cuya aplicación subyace en el fundamento de la administración de nuestra ley criminal”*⁹¹.

De acuerdo con dicha sentencia, existen unas razones que justifican la pertinencia del uso del estándar; dichas razones son:

1. *“El acusado durante un proceso criminal tiene en juego intereses de gran trascendencia, a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad*

⁸⁹ Ibid. p. 852.

⁹⁰ Ibid. p. 852.

⁹¹ Ibid. p. 853.

como consecuencia de la condena y la certeza de que será estigmatizado por la condena. Por consiguiente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un crimen cuando existe duda razonable acerca de su culpabilidad.

2. *Dice la sentencia: “Como lo dijimos en Speiser vs Randall: “Siempre en el litigio hay un margen de error, error representado en el hallazgo de hechos (determinación de los hechos), el cual ambas partes deben tener en cuenta. Cuando una parte tiene en juego un valor trascendental como su libertad, cuando es acusado penalmente, este margen de error se reduce por la institución d colocar en la otra parte la carga de persuadir al juez, de los hechos al momento de la conclusión del juicio de su culpabilidad más allá de duda razonable. “Para este fin, el estándar de duda razonable (beyond a reasonable doubt), es indispensable para que “cause la impresión en el juzgador de los hechos de la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los mismos.*
3. *Agrega la sentencia: “además, el uso del estándar de duda razonable es indispensable para obtener el respeto y confianza de la comunidad cuando se aplica la ley penal. Es crítico, que la fuerza moral de la ley penal no se altere por un estándar de prueba que deja a las personas en duda si hombres inocentes están siendo condenados.*
4. *Afirma igualmente: “También es importante en nuestra sociedad libre, que cada individuo que se ocupa de sus asuntos ordinarios, tenga la seguridad de que su gobierno no puede declararlo culpable de un delito penal sin convencer a los que juzgan los hechos (el juez), de su culpabilidad con la mayor certeza”⁹².*

⁹² Ibid. p. 853 – 854.

Existe una concepción que se ha llamado tendencia certística a la que admite solamente proposiciones completamente seguras como base de la ciencia o de la filosofía. Para dicha sentencia debe ser excluido cuanto no pueda ser rigurosamente demostrado. Sobre este asunto, la Ley 906 de 2004, Nuevo Código de Procedimiento Penal, se centra en la certeza objetiva:

- Artículo 7 del C.P.P.: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”. Hace referencia a convencimiento, es decir, una adhesión fuerte a la responsabilidad.
- Artículo 372 del C.P.P.: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.
- Artículo 381 del C.P.P.: “Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

De los artículos citados surge que la certeza que se consagró fue la objetiva, es decir, que para lograrla se debe hacer con base en las pruebas debatidas en el juicio. Resulta aplicable, lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal estableció con anterioridad: *“Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del C. de P.P.⁹³ en el sentido de que “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”, tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la*

⁹³ Corresponde al hoy artículo 381 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda), sino que apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues si tal es el sentido del verbo “conducir”. Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que “las pruebas no se cuentan sino que se sopesan”⁹⁴.

Para sustentar el pronunciamiento anterior, también resulta conveniente traer a la discusión el Procedimiento Penal chileno, en el cual, en su artículo 340 expresa lo siguiente: *“Convicción del Tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”⁹⁵.*

A este respecto, el artículo 297, inciso 3 del Código en mención sostiene: *“La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esa fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”⁹⁶.*

Según la apreciación de Parra Quijano, la norma indica el sustento de la convicción: “La prueba producida durante el juicio oral”, ubicándose dentro de la certeza objetiva.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala penal. 10 de abril de 1997. Radicado N° 10427.

⁹⁵ CÓDIGO PENAL CHILENO. Artículo 340.

⁹⁶ Ibid. artículo 297.

Ahora bien, analizadas las implicaciones de la certeza subjetiva, que como se vio es aquella creencia íntima, casi no explicable, que todos los humanos somos capaces de conjeturar para juzgar un determinado asunto, conviene ahora hacer referencia a la certeza objetiva, la cual corresponde a la fundada en externalidades (pruebas), que como consecuencia hay que explicar y justificar. La certeza es un producto de esas objetividades. La duda igualmente tiene que ser objetiva, es decir, surgida de las pruebas.

Un concepto de vital importancia para entender las implicaciones de la certeza como herramienta de justificación del estándar de prueba dentro del proceso penal es, precisamente, el “in dubio pro reo”. El in dubio pro reo le impone al juzgador la absolución, en caso de que la prueba lo conduzca precisamente a ese estado. Lo que se acostumbra expresar: “si no llegare al convencimiento más allá de toda duda razonable”. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se ha referido de la siguiente manera: *“Por su parte, el principio del “in dubio pro reo” hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente”*⁹⁷.

Los artículos 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal colombiano, por ejemplo, consagran una certeza objetiva para poder condenar. Otro tanto debe ocurrir, con la duda que conduzca a la aplicación del *in dubio pro reo*. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia que *“para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado. Como*

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Diciembre 10 de 1997.

las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además, será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal⁹⁸, la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del “in dubio” se pregona que no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán de derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias procesales”⁹⁹.

Como puede verse, una vez que la prueba es adquirida para el proceso, ésta ejerce influencia sobre la mente del juez en virtud de la certeza objetiva consagrada y le indica el camino conduciéndola hacia la certeza (más allá de toda duda razonable), o sólo hasta la duda. No se trata de conducir la mente del juez con materiales surgidos de sus creencias, puras subjetividades, sino de las pruebas.

Parra Quijano manifiesta que “*si se tratara la persuasión del juez (dejarse llevar) de un estado subjetivo surgido de sus reflexiones, sin tener ellas basamento en las pruebas recaudadas, se habría consagrado un sistema arbitrario y el juez podría fallar con las pruebas del expediente, contra las pruebas del expediente o sin pruebas. El juez (y sobre todo en la audiencia oral y con intermediación), debe pensar las pruebas, debe ser buen discípulo de los hechos mostrados por*

⁹⁸ Hoy los artículos 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal.

⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de agosto de 1997. Radicado N° 13184.

las pruebas, y con base en ellas llegar al estado de certeza, pero no debe acomodar los hechos a sus aspiraciones mentales y a sus prejuicios, ni mucho menos darles un modelaje nuevo, tiene que tomarlos en bruto e interpretarlos con aplicación de las reglas de la experiencia o sentido común, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia, las reglas de la técnica, etc. Al juez se le puede decir: “Mire y escrute bien el hecho que le ha sido transportado al proceso por los medios probatorios. El hecho lo debe afectar, antes de que usted lo impregne de subjetividades. El hecho “capturado” a través de los medios probatorios le empezará a indicar el camino que debe seguir”. El hecho bien “rumiado” lo obligará a emplear el talento. No suponga, escrute”¹⁰⁰.

Lo que queda claro de todo esto es que el juez, sobre todo, debe explicar “su certeza” o su “duda” (los componentes objetivos de certeza o duda), para que externalizadas puedan ser controladas utilizando los excedentes extralegales de la valoración de la prueba que son los indicados, es decir, las reglas de la experiencia, la lógica. etc.

Así las cosas, como la duda debe surgir de las pruebas, es necesario tener en cuenta lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *“De esta manera, la Corte ha estimado que la separación drástica del juez del método de la sana crítica, al punto de llegar a suponer o pretextar un fundamento empírico, lógico o científico que no surge del material probatorio, es un despropósito directamente relacionado con los hechos y no con las normas, razón por la cual el error configurado es también de hecho y no de derecho. Atribuir a la conclusión silogística una fundamentación apriorística, en lugar de la real o empírica que se exige por tributo de las pruebas, o pretextar verdades lógicas o científicas que corresponden a otros contextos o que apenas son válidas en abstracto no*

¹⁰⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 859.

es más que distorsionar el contenido y valor del acervo demostrativo. El estado de suspensión, para escoger la certeza o la duda, debe surgir de las pruebas y no del encuentro mental del juzgador con los hechos, ya cargado de prejuicios y dispuesto a darle un moldeado a ellos distinto de lo que realmente son”¹⁰¹.

Volviendo a nuestro problema inicial, es conveniente tener presente el siguiente interrogante: ¿se puede hablar de las reglas de la sana crítica y el estándar probatorio, “más allá de toda duda razonable” dentro del proceso penal colombiano? El Código de Procedimiento Penal colombiano, lo mismo que el Código de Procedimiento Penal chileno, consagran el método de las reglas de la sana crítica para valorar las pruebas, en efecto, el Código colombiano, aunque no lo dice expresamente, pero teniendo en cuenta lo que dicen los artículos: 404, 420, 432, 441 del C.P.P., no cabe duda que lo consagra y por su parte el artículo 297 del Código chileno dice: “*Valoración de la prueba: Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”¹⁰².

Lo anterior significa que hay una libertad reglada, no se puede ir en esa valoración en contra de las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la técnica. Eso es precisamente lo que hay que entender por reglas de la sana crítica.

En Colombia, por tanto, lo que puede verse es que la valoración de las pruebas debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

¹⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de agosto de 1997. Radicado 9526.

¹⁰² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO. Artículo 297.

De acuerdo con el proceso penal colombiano, su dinámica parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. El doctrinante Jordi Ferrer Beltrán menciona sólo algunos a través de una serie de interrogantes: “¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derrotar la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia? ¿Y para considerar probada la hipótesis de la inocencia (por ejemplo, respecto de la alegación de una coartada)?”¹⁰³.

El interrogante pendiente es: ¿es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal que no sea dependiente de las creencias subjetivas del juzgador, resulte por ello controlable intersubjetivamente e incorpore en una versión no subjetivista el principio del in dubio pro reo?

La respuesta de Ferrer a este último interrogante resulta ser afirmativa. Es en estos términos en el que este autor en mención ofrece una posible formulación del estándar de prueba para la decisión final sobre los hechos probados aplicable a la hipótesis de la culpabilidad. Pero antes de ofrecer esa formulación Ferrer estipula dos tipos de precauciones: en primer lugar, esa no será más que la expresión de su ideología político-criminal; un estándar de prueba más exigente dará lugar a un porcentaje mayor de falsas absoluciones, mientras que un estándar menos exigente producirá un número mayor de falsas condenas; y en segundo lugar, habría que formular también los respectivos estándares de

¹⁰³ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. p. 2.

prueba para considerar que hay elementos de juicio suficientes para abrir juicio oral, para aplicar medidas cautelares como la prisión preventiva y también, ya en la fase de sentencia, para la hipótesis de la inocencia (que no tiene que tener las mismas exigencias que la de la culpabilidad).

Hechas estas advertencias, el estándar de prueba propuesto por Jordi Ferrer es el siguiente: *“para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones:*

- 1) *La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados.*
- 2) *Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia”¹⁰⁴.*

De acuerdo a este estándar, dar cuenta del funcionamiento de éste, supone presentar mínimamente la metodología de la contrastación de hipótesis; sólo avanzando en la formulación de estándares de prueba que (aunque no sean iguales al propuesto) reúnan características que no los hagan expresión de dudas o certezas subjetivas, podrá dotarse de sentido un derecho a la presunción de inocencia.

¹⁰⁴ Ibid. p. 6.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con los elementos, formulaciones y conceptualizaciones estudiadas a lo largo de este escrito, se pueden establecer y estipular las siguientes conclusiones:

- En el proceso penal colombiano sería posible hablar de un sistema de valoración de la prueba basado en las reglas de la sana crítica y más allá de la duda razonable, pero para ello se necesitaría establecer una serie de referentes que permitan una tipificación y, sobre todo, una verificación de las pruebas que configuran un delito; es decir, un estándar de prueba lo suficientemente objetivo no podría trascender la mera condición enunciativa de una serie de máximas jurídicas de valor práctico en el ámbito probatorio del derecho penal, ya que agotar al derecho con múltiples estándares de carácter objetivo únicamente daría lugar a un derecho complejo.
- Podría afirmarse que en el proceso penal colombiano, no es posible hablar de verdades absolutas. En este sentido, certeza y convencimiento son dos momentos que se confunden en uno sólo y en el cual el juez adopta una medida.
- La certeza judicial es histórica, porque se trata de reconstruir hechos pasados o de llevar al proceso la exacta representación de los presentes, para lo cual se utilizan los sentidos del razonamiento, la crítica psicológica y científica. Esa certeza judicial no significa que el juez esté en la posesión de la verdad, sino que puede sustentar haberla encontrado, y es, por tanto, relativa o sujeta a error. Por el convencimiento de que se le ha demostrado

la verdad y no en probar ésta, pues bien puede suceder que tal convencimiento no corresponda a la realidad.

- Para el juez, la aprehensión de la verdad en el proceso es una tarea difícil, pues se presentan varios obstáculos como su propia subjetividad, la imposibilidad de teorizar con otros sujetos y de esta manera corregir sus insuficiencias, además de la relatividad de la verdad procesal. Si se observa de un modo racional es un avance, más que un problema, ya que este modo de ver las cosas permite que el proceso se colme de herramientas y garantías que le permita acercarse más a la verdad. Sin embargo, ésta es un elemento importante para establecer un estándar de valoración.
- Desde el punto de vista doctrinal, existen diferentes teorías acerca del lugar de la verdad en el proceso penal, de esta manera, se pueden encontrar sectores que opinan que no hay espacio dentro del proceso penal para la verdad, otros la consideran irrelevante, y finalmente otros la creen posible. En Colombia la tesis más adecuada es esta última, ya que para el proceso penal colombiano la verdad es un derecho constitucional que le asiste a la víctima y por qué no, también al acusado.
- El Estado tiene la función de castigar, pero en el desempeño de esta tarea se deben utilizar todas las herramientas posibles para evitar castigar al inocente. La libertad y la dignidad humana son la base del Estado Social de Derecho, por ende el proceso penal debe ir más allá de ser un instrumento eficiente de control y de pacificación social y alcanzar su finalidad de impartir justicia.

- Se podría decir que el convencimiento ha ocupado el lugar de la verdad, siempre y cuando se esté hablando de una certeza que se acerque razonablemente a la realidad, pues afirmar lo contrario dejaría por fuera los derechos de muchos ciudadanos que buscan reparación y de otros que se verían privados de la libertad injustamente.
- La valoración permite efectivizar el fin de la prueba, ella muestra al juez la relevancia de los elementos probatorios y el nivel de convencimiento que ellos dan. Muchas veces la prueba falla al traerle convencimiento al juez, por lo cual se debe optar por la absolución, pero es la apreciación de la prueba la que indica al juez en qué estado se encuentra, si está en duda o se encuentra certero, por eso, el fin de la interpretación de la prueba siempre se logra.
- Nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá adquirir certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis.
- Para algunos tratadistas (como es el caso de Parra Quijano y Azula Camacho) no ha sido ciertamente necesario traer ni a Colombia, ni a Chile la frase “Más allá de toda duda razonable”.
- Al realizar una interpretación sistemática, el estándar de más allá de duda razonable, sólo se ha convertido en una frase despojada de todo y ha adquirido el contenido de la certeza objetiva; hablar de estándar de prueba más allá de toda duda razonable resulta prácticamente utópico, más teniendo en cuenta la impredecibilidad de los hechos, de las mismas pruebas y de las circunstancias que dan lugar al cometimiento de un ilícito. Sin embargo, de acuerdo con lo reiterado en la jurisprudencia colombiana,

hablar de un estándar más allá de toda duda razonable comienza a tomar forma en la realidad jurídica procesal y probatoria colombiana, siendo prueba de ello los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que, en especial en el contexto del derecho penal, se han valido de esta regla para procurar certeza objetiva a las decisiones que se han dado en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Temis, 1998.

BENTHAM, Jeremy. Tratados de las pruebas judiciales. Granada: Calímaco, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Bogotá: Temis, 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. [Versión en línea]
http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_PCIVIL.HTM [Consultado en septiembre de 2008].

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004. [Versión en línea]
<http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0906004.HTM> [Consultado en septiembre de 2008].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. [Versión en línea]
http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/CONS_P91.HTM [Consultado en septiembre de 2008].

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá: Temis, 2000.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales – Tomo II. Bogotá: ABC, 1998.

DOHRING, Erich. La prueba, su práctica y su apreciación. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1972.

ELLERO, Pietro. De la certidumbre de los juicios criminales o lógica de la prueba. Buenos Aires: El Foro, 1994.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. España: Universidad Alicante, 2005. 12 p.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. [En Internet] <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf> [Consultado en septiembre de 2008].

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. España: Marcial Pons, 2005. 112 p.

FLORIÁN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. México: Jurídica Universitaria, 2001. 298 p.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Conferencia dictada en la Universidad de Río de Janeiro entre el 21 y el 25 de mayo de 1973. [En Internet] http://www.institutoarendt.com.ar/salon/Michel_Foucault_%20Laverdadylasformasjuridicas.PDF [Consultado en septiembre de 2008].

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Madrid: La España Moderna 18, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Prontuario del proceso penal mexicano. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 1986.

GARCÍA VANEGAS, David. Lecciones de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. España: Universidad de Castilla La Mancha, 2005.

GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Buenos Aires: Editorial La ley, 1970.

LAUDÁN, Larry. Por qué un estándar de prueba objetivo y ambiguo no es un estándar de prueba. México: UNAM, 2005.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. Intervención en Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2 del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil. [En Internet] <http://websql.procuraduria.gov.co/relatoriaweb/dependencia/AuxiliarConstitucionales/2004/c3674%20D-5336.doc> [Consultado en octubre de 2008].

MIRAUT MARTÍNEZ, Laura. La teoría de la decisión judicial de Benjamín Nathan Cardozo. Madrid: Dykinson, 1999.

MITTERMAIER, Karl Johan A. Las pruebas en materia criminal. México, D.F.: Jurídica Universitaria, 2001.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería del profesional, 2007.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Bogotá: Ediculco, 1979.

SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1979.

TARUFFO, Michel. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. [En Internet]

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf [Consultado en octubre de 2008].

TARUFFO, Michel. Conocimiento científico y estándares de prueba. En: Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVIII, num. 114. Septiembre – diciembre de 2005. pp. 1285 – 1312.