

Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español

ANA MARÍA LÓPEZ PINILLA*

Resumen

El principio de la presunción de inocencia defendido por la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos, se convierte con frecuencia en un lugar común, una cláusula de estilo con un contenido vago y difícil de delimitar. Esto es más notorio cuando en el proceso penal se introducen hipótesis afirmativas de defensa, en donde se redistribuyen las cargas probatorias aún en contra de los principios que defendemos.

Palabras clave

Proceso penal, defensas afirmativas, causales de exclusión de la responsabilidad penal, presunción de inocencia, carga de la prueba, fin epistemológico, estándar de prueba.

Abstract

The presumption of innocence principle, defended by most of our legal systems, is very often used as a common place, a clause lacking of content. This is more obvious when the criminal procedure involves an affirmative defense, where the burden of proof is redistributed even against all the legal principles we defend.

* Magíster en derecho penal de la Universidad EAFIT, y en Derecho penal y política criminal de la Universidad de Málaga (UMA).

Keywords

Criminal procedure, affirmative defense, justifications, excuses, presumption of innocence, burden of proof, epistemology purpose.

Sumario

1. Introducción. 1.1. Particularidades epistemológicas del derecho como sociotecnología. 1.2. La verdad del proceso penal. 2. El EdP en el proceso penal. 2.1. Epistemología y garantismo. 2.2. Más allá de toda duda razonable (MATDR). 2.3. El MATDR en Colombia. 2.4. El MATDR en España. 2.5. Garantía procesal y cláusula cuasi epistémica. 3. Carga de la prueba en el proceso penal. 3.1. Carga de la prueba y presunción de inocencia. 3.2. ¿Cuáles hechos deben probarse en el proceso penal? 4. Causales de exclusión de responsabilidad penal. 4.1. Algunos fundamentos de las causales de exclusión de responsabilidad penal. 4.2. Causales objetivas y subjetivas de exclusión de la responsabilidad penal. 4.3. Defensas afirmativas. 4.4. ¿Cuándo la duda sobre las eximentes es razonable? 4.5. Causales subjetivas y carga de alegar. 4.6. Causales objetivas e indicios. 5. Conclusiones.

Abreviaturas

BARD: Beyond any Reasonable Doubt. **CPCol:** Código penal colombiano, Ley 600 de 2000. **CPC:** Código de procedimiento civil colombiano. **CPEsp:** Código penal español. **CPI:** Corte penal internacional. **CPP:** Código de procedimiento penal colombiano, Ley 906 de 2004. **LECrím:** Ley de enjuiciamiento criminal española. **LOPJ:** Ley orgánica del poder judicial de España. **MATDR:** Más allá de toda duda razonable. **MPC:** Model Penal Code.

1. Introducción

El proceso penal moderno se ha definido como una herramienta de materialización del derecho penal sustancial, y suele justificarse como un medio de protección de derechos de los procesados. Junto con una definición garantista del proceso penal, aparecen otros fines que justifican su existencia, especialmente nos ocuparemos del fin epistemológico, según el cual, el proceso es un escenario idóneo para buscar una verdad jurídico penalmente relevante.

Son múltiples e importantes los límites que el proceso penal tiene para alcanzar su fin epistémico, adicionales a los que implica *per se* la búsqueda de la verdad en otros campos distintos de los del derecho; entre ellos, se encuentran los que imponen las propias garantías que defendemos, y que consideramos inclusive como fines superiores a los epistémicos; el que nos interesa analizar en el presente trabajo es el de la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un principio universalmente reconocido, que tiene profundas implicaciones, entre otras, a la hora de declarar la responsabilidad penal de un individuo, y más específicamente, en el momento de construir una verdad en el proceso y de distribuir las cargas probatorias, en otras palabras: de definir un determinado estándar de prueba (EdP).

La adopción de un determinado estándar obedece a una decisión político criminal, en donde se define cuándo una hipótesis se entenderá por probada, y en esa medida se tomará *como si* fuera verdad, además define en qué medida se toleran los errores inherentes al proceso penal. En este orden de ideas, la presunción de inocencia sirve de baremo para entender ilegítimas las condenas que no alcancen un exigente EdP, que en nuestro caso es el de más allá de toda duda razonable (MATDR).

Los principios de la carga de la prueba en cabeza de la acusación, la presunción de inocencia y el estándar de MATDR, se ven desdibujados cuando nos encontramos frente a una defensa que alega una eximente de responsabilidad penal, es decir, *una defensa afirmativa*; en estos casos la carga de probar se traslada a la defensa, quien en consecuencia asume los costos de la condena en caso de no satisfacer el EdP.

Esta colisión entre la búsqueda de la verdad y las garantías procesales no son en todo caso insalvables, es posible introducir ciertos parámetros atendiendo a la naturaleza de las eximentes, que faciliten su demostración en el proceso dejando invicta la presunción de inocencia, y sin imponer a la defensa un determinado estándar probatorio.

Es por esto que el objetivo del presente trabajo es encontrar una forma de incorporar las hipótesis eximentes que no impliquen una inversión en la carga de la

prueba y que no mengüen la presunción de inocencia, y que adicionalmente, no sean incompatibles con la pretensión epistémica del proceso.

Este problema que puede parecer filosófico y acaso metafísico, tiene importantes incidencias en la práctica judicial, a la hora de poner a prueba los límites de derechos que, como la presunción de inocencia, parecen estar sólidamente incorporados en ordenamientos jurídicos con pretensiones garantistas. Esto exige en primer lugar, tener claro los límites epistemológicos del proceso penal y los costos de renunciar a las garantías individuales por alcanzar este fin.

1.1 Particularidades epistemológicas del derecho como sociotecnología

Metodológicamente el razonamiento jurídico es similar al científico en la medida de que puede reducirse a la deducción de consecuencias a partir de generalidades o leyes máximas, el patrón de inferencia es: regla general-evidencia sobre los hechos-conclusión.

Sin embargo es el contenido de las premisas y de las conclusiones lo que hacen del derecho un área tan compleja, pues estas tienen conceptos que no existen por fuera del derecho. El razonamiento conducente a una deducción jurídica es, en ese sentido, estrictamente deductivo. Son los enunciados de los hechos —y no los hechos— los que pueden entrar en conflicto con principios jurídicos y con leyes.

Las ciencias sociales, a diferencia de las naturales¹, deben tener en cuenta —aunque no sólo— la cognición, la emoción, la acción deliberada, la intención y la convicción y las formas de percepción de los individuos sobre ellos mismos y sobre la realidad (Bunge, 2002, pág. 77). El razonamiento jurídico es “en apariencia más complicado que el científico” (Bunge, 2002, p. 384), pues se refiere a hechos sociales más que naturales, y en él se combinan las normas, los valores además de los enunciados fácticos.

Estos hechos que aparecen en los procesos judiciales se soportan en datos, están sujetos a un enorme manoseo que puede alterarlos, por lo que la toma de decisión judicial sobre estos es o puede ser objeto de un examen crítico y puede decirse de ella que es lógicamente válida o inválida; esto quiere decir en términos concretos que no cualquier decisión judicial es válida, que podemos no caer en un

1 Para el autor hay una categoría que abarca a todas aquellas tecnologías que apunta al control del comportamiento humano a través del diseño, rediseño o gestión de sistemas sociales —como lo son a juicio del autor las ciencias de la administración, la economía normativa, la educación y el derecho—, y que suelen confundirse o soslayarse con las ciencias.

indeterminismo judicial absoluto y que no estamos completamente maniatados en el control de las decisiones judiciales.

Habiendo dicho que el ser humano es un “artefacto social vivo”, cabe recordar que actuamos motivados por múltiples estímulos como son los sentimientos como el amor, el odio y el miedo, que van a cumplir un rol fundamental a la hora de poner en tela de juicio la responsabilidad penal de un individuo.

1.2 La verdad del proceso penal

A pesar de los enormes esfuerzos para responder si existe una verdad y si podemos conocerla, este seguirá siendo objeto de debates que conducirán a respuestas temporales; sin embargo, todos los días los jueces toman decisiones que afectan directamente los derechos fundamentales de personas concretas. Estas decisiones se basan en la premisa de que el proceso penal alcanza una verdad, que es en todo caso construida².

De conformidad con lo anterior habrá que anotar que: en primer lugar la verdad que se establece en un proceso es una verdad parcial, en el sentido de que el proceso deductivo parte de las premisas fácticas que logren acreditar las partes, la capacidad de reconstrucción histórica es muy limitada y altamente insegura. Premisas que se limitan al objeto de análisis jurídico según los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

El derecho, al buscar regular comportamientos humanos, supone múltiples y necesarias referencias al ámbito interno del sujeto. Los sentimientos y los pensamientos se hacen objeto de análisis para la configuración de instituciones dogmáticas tan importantes como una legítima defensa, un estado de necesidad, la previsibilidad del resultado, el error de tipo y el error de prohibición; toda la categoría de la culpabilidad ya ha atravesado extensos debates al respecto³. Así como es de imprescindible la incorporación del fuero interno del sujeto para la estructuración dogmática de todo el derecho penal, resulta imprescindible a la hora de analizar en concreto la responsabilidad de un individuo en el marco del proceso.

Aquí aparecen dos dificultades: en primer lugar, ese fuero interno del sujeto, que es un sustrato fundamental de la responsabilidad penal, le es indisponible al

2 En palabras de Bunge “algunos códigos penales requieren la pena de muerte cuando “existe la probabilidad de que el acusado haya cometido actos criminales de violencia”, como si dicha “probabilidad” (en realidad, una mera plausibilidad intuitiva) pudiera medirse o calcularse. Así, a veces la libertad y hasta la vida dependen de epistemologías que no tendrían posibilidad alguna en la ciencia, la ingeniería o las ciencias de la administración BUNGE, 2002, pág. 381.

3 En este sentido ver: BUSTOS RAMÍREZ & HORMAZÁBAL, 1997.

juez a la vez que indispensable, pues "(l)os científicos (...) no tienen un acceso directo a las intenciones: sólo pueden observar los resultados objetivos de acciones deliberadas⁴. No cabe duda que pueden imputar intenciones, expectativas y cosas por el estilo a los individuos. Pero estas atribuciones son riesgosas, aun cuando en principio sean verificables" (Bunge, 2002, p. 26).

Con todo, las interpretaciones que pueden hacerse sobre el fuero interno del sujeto no son más que conjeturas, hipótesis no comprobadas de sucesos; y si bien se han buscado criterios para controlar dichas inferencias⁵, no hay hasta ahora ningún modelo que prescindiera de un importante componente de subjetividad que escapa a los controles racionales.

Sin llegar a defender una postura completamente irracionalista o escéptica de la verdad, las tesis que defienden que es posible alcanzar un control racional sobre la decisión judicial parecen altamente insatisfactorias. En este sentido se encuentran, al menos, dos variables que impiden que el proceso de toma de decisión y de justificación de la decisión esté blindado de controles lógicos.

En primer lugar, en cuanto a lo que se refiere al *objeto* de la valoración judicial, esto es, los hechos que corresponden al juez valorar y que se allegan al proceso, no son únicamente fácticos —en el sentido de tener una expresión constatable en el mundo exterior—, sino también subjetivos y probabilísticos. Esto hace que el juez deba valorar supuestos que por naturaleza tienen un carácter etéreo que no son susceptibles de demostrar⁶.

En segundo lugar se encuentra el *proceso* de la toma de decisión, es decir, lo que media entre la valoración de las pruebas y la toma de decisión. Cuando al silogismo judicial se le agregan variables tan intangibles como las percepciones subjetivas de los procesados, la única herramienta del juez es la interpretación y la conjetura de hechos externos que lo lleven a explicar hechos internos, sin embargo como lo dice, acertadamente, Bunge (2002, pág. 27):

(C)uando se inspecciona la interpretación no es más que una corazonada, una conjetura o una hipótesis no comprobadas. No todas las acciones sociales tienen una intención, algunas son automáticas. Tampoco todas se realizan en beneficio propio: hay muchas acciones compulsivas y otras benevolentes, y finalmente, no todos los actos deliberados alcanzan su objetivo: algunos tienen consecuencias indeseadas.

4 Este autor parte de una postura del ser humano como un sujeto con libre albedrío, postura que se comparte y que no va a ser objeto de mayor análisis.

5 Los criterios más relevantes se explicarán más adelante.

6 Un ejemplo es la distinción entre una imputación a título de dolo eventual y una a título de culpa con representación.

Las ciencias sociales no tienen que renunciar a comprender las acciones humanas y, de hecho, este es el objeto de las neurociencias, o la sociología o psicología, pero el escenario del proceso penal –tal como es concebido dentro de los principales modelos occidentales - no está diseñado para alcanzar una verdad entendida como una comprensión de los hechos “tal y como son”.

Para sintetizar, podemos concordar con Ferrajoli (1995, pág. 39) cuando dice que:

(P)or muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva. (...) (a)unque disciplinada por el conjunto de las garantías procesales, también la verificación fáctica de una aserción judicial, al igual que la de cualquier aserción empírica, exige decisiones argumentadas. La *prueba* empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas.

Lo cierto es que esta valoración judicial que se escapa al encuadramiento racional de la epistemología, no debe entenderse necesariamente como una amenaza a un modelo garantista que pretenda fortalecer los límites al *ius puniendi* o, para nuestro caso particular, el principio del *ius puniendi*, sino que, al contrario, esto puede resultar en un esfuerzo valorativo dirigido a excluir la responsabilidad, o a atenuarla, y en general a limitar la intervención penal incluso en sus más tempranas apariciones.

Para entender el proceso penal como un escenario de construcción de verdad, es necesario recordar cuál es la finalidad atribuida al proceso penal, ya que, si pretende ser un espacio cognoscitivo, debe estar en lo posible, libre de “intereses preconstituidos”⁷, que permitan que el juez se oriente única y exclusivamente a la búsqueda de la verdad.

2. El EdP en el proceso penal

Ante la incapacidad del proceso de producir certezas⁸, y bajo la obligación

7 Para seguir la terminología de FERRAJOLI (1995, pág. 579), quien pone de presente que la actividad jurisdiccional por ser una actividad cognoscitiva y por oposición a la actividad administrativa, no está subordinada a intereses superiores, carece por tanto de dirección política por estar vinculada a la ley.

8 Recordemos que la verdad es un concepto elusivo, porque la información que logra establecerse en el proceso es siempre incompleta, esto es así “no sólo porque las apariencias engañan sino también porque a menudo mentimos deliberadamente. De hecho, las investigaciones establecieron que la mayoría lo hace con cierta frecuencia, a pesar de lo cual pocos somos capaces de detectar

del juez de dictar una sentencia⁹ tenemos que aceptar que una vez finalizado el proceso pueda ocurrir que: se haya acreditado la culpabilidad del imputado, se haya acreditado su inocencia, o que no se consiga aclarar ninguna de las hipótesis controvertidas.

Debe también tenerse presente que, a pesar de la declarada igualdad procesal, las partes en el proceso penal se encuentran en condición de desigualdad. Sin llegar a considerar que el procesado es un pobre desvalido frente a un estado omnipotente con una extraordinaria capacidad investigativa —en muchos casos puede inclusive estarse frente a un imputado mucho más poderoso que el ente investigador—, puede decirse que los llamados intervinientes en el proceso penal, como lo son las víctimas (o acusación particular en España), y el Ministerio Público (o Ministerio Fiscal en España) introducen ciertos desbalances en el proceso, que aumentan la fuerza probatoria de la acusación, o en todo caso que refuerzan las hipótesis acusatorias.

Parece más acertado, pues, sostener que las cláusulas que hacen inclinar la balanza a favor del procesado a costa de su contraparte acusadora, no obedecen tanto a la necesidad de lograr una igualdad de armas, sino más bien a reducir el riesgo —inherente por demás— de cometer un error judicial, traducido concretamente en una falsa condena, o una falsa absolución.

El error judicial es un riesgo inherente al proceso, pues todo proceso supone una serie de “impurezas procesales o institucionales” (Muñoz Conde, 1998) que hacen del mismo, un instrumento inidóneo para encontrar la verdad real¹⁰. Es por esto que se dice que “el objetivo principal del derecho penal de averiguar la verdad sobre la comisión de un delito es una premisa contra fáctica” (Laudan, 2011, pág. 59).

las mentiras de los otros MILLER & STIFF, en Bunge, 2002. (...)En casi todos los casos parte de la información, además de incompleta, es indigna de confianza. Es probable que esa información consista en versiones más o menos distorsionadas y mutuamente inconsistentes de los hechos. Dichas versiones son ofrecidas por o arrancadas a individuos (...) que a menudo son incapaces de decir la verdad o no están dispuestos a hacerlo”. BUNGE, 2002, pág. 387.

- 9 La prohibición del *non liquet* se encuentra en el art. 11.3 de la LOPJ, según la cual “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.
- 10 Según LAUDAN (2011) en el proceso penal hay tres clases de cláusulas: unas epistemológicas, que están dirigidas a encontrar la verdad (como el principio de contradicción), otras neutrales y otras contra epistémicas. Para saber cómo hacer del proceso penal una maquinaria epistemológica más eficiente, el autor propone el ejercicio de suprimir mentalmente las cláusulas contra epistémicas —incluyendo los valores morales y políticos— y examinar cuáles reglas de evidencia funcionan mejor de esta manera.

Esto, lejos de ser una herejía jurídica, tiene su explicación en parámetros externos a la epistemología que obedecen a distintos fines del proceso. En términos de Laudan podemos decir que, además del fin epistémico del proceso penal¹¹, este también busca la protección del acusado, y la realización de valores no epistémicos¹².

Lo cierto es que la verdad es un importante elemento del proceso, pero no es el único y tampoco el principal¹³. Si bien una defensa probatoriamente sólida puede servir como muro de contención frente a un ejercicio desmedido del poder punitivo, el fin de búsqueda de la verdad es insuficiente para justificar por sí mismo la existencia del proceso penal, de ahí que esta –la búsqueda de la verdad– deba subordinarse a la consecución de otros fines.

Los valores no epistémicos son preponderantes al epistemológico, de esto se sigue que las cláusulas que defienden dichos valores pueden ser legítimas aun cuando no sólo no ayuden a la búsqueda de la verdad, sino que resulten contrarias a ella, por lo que podemos afirmar que adoptar un EdP determinado es más una decisión política contra epistémica.

El EdP aparece pues como forma de distribución del error, y no es en modo alguno un medio de encontrar la verdad, es en cambio, la pauta que le dice al juez cómo proceder cuando no se establezca tras el proceso un determinado grado de solidez de la hipótesis acusatoria con base en las pruebas válidamente aportadas. El papel del EdP (independientemente de cuál sea el que se adopte)¹⁴ no es reducir el error, ni aumentar el conocimiento judicial, sino el de distribuir ese error que ya existe (Laudan, 2006, pág. 28).

La falsedad o veracidad de la sentencia obedece a un juicio sobre los enunciados que se hace sobre los hechos, y no sobre estos en sí. Un hecho pudo ocurrir o no, pero de él no se puede decir que es falso o verdadero. Los hechos tampoco pueden

11 Para Laudan este fin es el preponderante por dos motivos: en primer lugar porque la verdad es un requisito necesario –aunque no suficiente– de la justicia, y en segundo lugar porque la legitimación de los órganos jurisdiccionales se ve cuestionada cuando hay un fallo erróneo, tanto porque se absuelva al culpable como que se condene al inocente LAUDAN, 2006, pág. 10.

12 Cabe resaltar que el planteamiento del autor está circunscrito a la epistemología jurídica, de la cual, a su juicio, se excluye el estudio de los valores extra epistémicos. LAUDAN, 2011.

13 A esta conclusión puede llegarse si se entiende que el derecho no es una ciencia social, sino más bien una sociotecnología. Su objetivo no es sólo estudiar el mundo, sino que tiene la pretensión de modificarlo ideando “modos racionales de saltar del ser al deber ser” BUNGE, 2002, pág. 321, aquí el conocimiento es un medio para modificar la realidad y no un fin en sí mismo. En tanto que los científicos trabajan con problemas epistémicos, los tecnólogos enfrentan cuestiones prácticas.

14 Como veremos a continuación hay varios estándares de prueba y adoptar uno determinado, obedece más a una opción política que dependerá de la decisión legislativa de qué tan dispuesto esté para aceptar falsas sentencias.

enfrentarse entre sí, sino que se enfrentan las hipótesis que de ellos se hace¹⁵. Así, como señala Bunge (2002, pág. 338): “En materia legal, no hay nada objetivamente aleatorio en los hechos. Sólo nuestro conocimiento de ellos está más o menos lejos de ser completo y verdadero y por lo tanto es en cierto modo inseguro”.

2.1 Epistemología y garantismo

El modelo garantista propuesto por Ferrajoli parte de la base de altas exigencias en términos de los principios, en primer lugar, de *estricta legalidad*, según el cual le corresponde al legislador elaborar los tipos penales de la forma más concreta y precisa, hasta donde lo permitan las inflexiones lingüísticas y las exigencias de indagación fáctica. En segundo lugar, el principio de *mera legalidad*, dirigido a los jueces como derivación del anterior, que prescribe a estos la aplicación taxativa de las normas penales. Cuando falta el primer postulado, se abren espacios de poder y discrecionalidad judicial (Ferrajoli, 1995).

No obstante hay normas cuyo sustrato indeterminado constituye su misma naturaleza. En lo que se refiere a las causales que excluyen la responsabilidad penal nos encontramos con preceptos como: alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20 n°3 CP Esp), grave peligro (apartado 1 n°4), necesidad racional (apartado 2), provocación suficiente (apartado 3), injusta agresión actual inminente (art. 32 n°6 CPCol), o peligro actual (n°7).

Estos términos son valorativos, y su extensión es, en principio, indeterminable¹⁶, ya que expresa actitudes más que propiedades objetivas y por tanto, no son, en principio, verificables ni refutables, sino argumentables con referencia a otros valores (Ferrajoli, 1995, pág. 117). La verificabilidad jurídica está condicionada a la semántica del lenguaje común, y es por ello que se han dado enormes esfuerzos por delimitar estos conceptos y hacer más preciso el alcance de la expresión (Ferrajoli, 1995, pág. 120).

Ahora bien, hay preceptos que suponen un grado aún mayor de indeterminabilidad, y son aquellos que se refieren a las actitudes internas del sujeto, como lo son el dolo, la culpa¹⁷, o sentimientos de “miedo insuperable” (art. 32 n°9 CPCol), error de tipo

15 Siempre que nos encontremos en un campo social debemos tener cuidado de distinguir entre los hechos y la forma en la que se perciben. BUNGE, 2002, pág. 330.

16 Indeterminable se refiere a la posibilidad *a priori* de atribuirle un alcance extensivo a la definición, por oposición a lo indeterminado cuando “su intensión no permite determinar su extensión con relativa certidumbre” FERRAJOLI, 1995, pág. 120.

17 Conceptos además imprescindibles para la estructura de todo el derecho penal, en virtud del principio de culpabilidad art. 21 CPCol y art. 5 CP Esp.

(n°10). En sentido estricto, sólo las acciones externas son connotables¹⁸ de manera precisa y denotables taxativamente como elementos constitutivos del delito.

Esa vaguedad es subsanada por el juez a través del poder de interpretación penal (cuando se refiere a la aplicación o no de normas indeterminadas), o poder judicial de denotación fáctica (cuando la indeterminación recae sobre el hecho) (1995, pág. 127). Esto significa que a la ya limitada capacidad epistemológica del proceso penal, hay que ampliarle el sustrato irreductible de indeterminación que suponen los eventos en los que hay una causal de exclusión de la responsabilidad penal, cuando los mismos contienen disposiciones indeterminables, y por tanto irrefutables.

2.2 Más allá de toda duda razonable (MATDR)

El EdP de convencimiento MATDR cuenta con un amplio consenso legislativo. Es el adoptado en Colombia (art. 371 CPP)¹⁹ y en España (art. 741.1 LECrim), además de contar con apoyo en normas de carácter internacional²⁰. A pesar de ello, su falta de concreción conceptual es evidente. Está frecuentemente descrita en términos vagos e imprecisos, lo que la convierte en una fórmula vacía de contenido y una puerta a la arbitrariedad y al decisionismo judicial.

Sea lo primero decir que el EdP es una regla de valoración de las pruebas practicadas, y como tal se circunscribe al ámbito de las reglas de juicio, y no al de las reglas probatorias²¹. La valoración de una prueba en un sentido, no determina la decisión a adoptar, es necesario contrastar con el EdP el grado de confirmación alcanzado (Ferrér Beltrán, en Vásquez, 2013, pág. 28).

Según el MATDR al procesado sólo podrá condenársele una vez que el juez, luego de practicadas las pruebas y celebrado el juicio, conforme a las normas

18 Adoptados la terminología empleada por Ferrajoli en cuanto se refiere a la denotación y connotación FERRAJOLI, 1995, pág. 127.

19 “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”.

20 Inc. 3 del Art. 66 del estatuto de la CPI que contiene la presunción de inocencia: “(p)ara dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”. Este ha sido también el criterio seguido por el TEDH en sentencias como: Çolak and Filizer v. Turquía (32578/96 y 32579/96); TEDH (GS), Sentencia. de. 13.12.2012 –39630/09 (El-Masri v. la antigua República de Yugoslavia de Macedonia).

21 Se refiere a los distintos niveles en los que puede operar la presunción de inocencia, sea esta entendida como regla probatoria o como regla de juicio, -distinción ampliamente aceptada por la doctrina-. Baste por ahora decir que en su vertiente de tratamiento, es un derecho subjetivo del imputado de ser tratado como inocente durante el proceso, y como regla de juicio se refiere al conjunto de reglas probatorias que deben cumplirse para poder llegar a una sentencia condenatoria.

establecidas, alcance un convencimiento MATDR sobre *todos* los elementos que componen la responsabilidad penal.

2.3 El MATDR en Colombia

En el art. 7 del CPCol, que consagra la presunción de inocencia, se dice que:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Cursiva fuera del texto).

Al respecto de este artículo es importante hacer tres aclaraciones, en primer lugar la duda aquí referida es una duda cualificada, por eso vemos que el art. 372 del CPP dice que el fin de la prueba es: “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”. Calificar de razonable a la duda, exige que la hipótesis de culpabilidad, sea derrotable por hipótesis alternativas con fundamento objetivo y no meramente valorativo.

En segundo lugar, y con base en la interpretación que de este artículo ha hecho la jurisprudencia colombiana, se considera que la presunción de inocencia es un principio macro de nivel constitucional²² que contiene a su vez los subprincipios de la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía, el *in dubio pro reo*, y el EdP de MATDR²³. Estos subprincipios tampoco se encuentran claramente delimitados por la jurisprudencia ni por la doctrina colombiana, y suelen utilizarse indistintamente²⁴.

22 Art. 29 de la CN: “(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

23 “El principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio” (C-121, 2012).

24 A manera de ejemplo (C-416, 2002).

Por último, está el hecho de considerar que el EdP debe alcanzarse frente a todos los “hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”, es decir, todos los elementos que compongan la responsabilidad penal deberán ser tasados con el mismo EdP.

La Corte Constitucional colombiana parte de decir que el fin del proceso penal en un Estado social de derecho, es la determinación de la responsabilidad penal individual MATDR. Para ello se dispone una serie de actos jurídicos y presupuestos (ver por todas (C-828, 2010)), sin embargo no desconoce que hay otros fines que también se persiguen, como los derechos de las víctimas, por un lado, y la protección de las garantías del imputado, por otro. El EdP se refiere a este último fin y la consecuencia de no alcanzarlo no puede ser otra que la absolución, así lo dice la Corte Constitucional (C-060, 2008):

(...) [P]ueden existir diversas situaciones en las que se cuente a cabalidad con prueba suficiente sobre los elementos objetivos del tipo penal, sin que se reúnan, en cambio, las exigentes condiciones que son necesarias, particularmente en cuanto a la responsabilidad penal, para poder proferir sentencia condenatoria (art. 7° Ley 906 de 2004), siendo necesario entonces emitir un fallo absolutorio²⁵.

A diferencia del ordenamiento jurídico español, la prueba de oficio está categóricamente prohibida por el art. 361 CPP²⁶ según el cual “en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”, de modo que, en principio, cabría decir que corresponde a las partes impulsar probatoriamente el proceso.

Ahora bien, de igual manera en Colombia está consagrado el principio de presunción de inocencia. Según el inc. 4 del art. 29 de la CN “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. De aquí se desprende que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del delito recae en la acusación²⁷, y cuando haya una duda acerca de la responsabilidad penal del acusado, esta se resolverá a su favor (art. 381 CPP).

25 En igual sentido se pronuncia la CSJ en sentencia 40246 del 28 de noviembre de 2012. MP. José Luis Barceló Camacho.

26 Distinto era el caso del anterior CPP, la Ley 600 de 2000 que se regía por el principio inquisitivo y permitía la práctica de pruebas de oficio, y establecía un EdP de “certeza” en lugar del MATDR.

27 En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional: “La presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba de acuerdo con la cual corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado (...). Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por

Claramente la categoría de la responsabilidad penal es mucho más extensa y no deja lugar a dudas al incluir las eximentes dentro de los hechos que deben ser probados. Sin embargo nada dice sobre a quién corresponde la prueba de las eximentes. En principio afirma la CSJ que:

El mandato legal de que *toda duda* se debe resolver a favor del sindicado, en fin, no permite excepción de ningún tipo y en esa medida la decisión del Tribunal de absolver al acusado con fundamento en la falta de certeza sobre la antijuridicidad de su conducta". (Sentencia del 26 de enero de 2005, rad. 15834).

Pero la CSJ en una decisión más reciente ha dicho que:

(E)xisten elementos de juicio o medios probatorios que solo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos con el fin de demostrar circunstancias que contravienen las pruebas objetivas que en su *contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso. Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete probar al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por este– de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del procesado. (Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal N° 35370. Sentencia 25 mayo 2011. MP Fernando Alberto Castro Caballero).*

Son recurrentes las sentencias en las cuales la Corte Constitucional reivindica la importancia de la carga de la prueba en cabeza de la acusación, y la presunción de inocencia como principio rector del proceso penal colombiano²⁸, de modo que las dudas razonables sobre la autoría o responsabilidad del autor se resuelven siempre a su favor²⁹. Sin embargo, a la hora de delimitar el alcance de este precepto se acerca más a la postura de la CSJ y permite ver una flexibilización de este principio.

El ejemplo más esclarecedor versa sobre la prueba de la inimputabilidad. Aquí la Corte Constitucional avala que el juez, por solicitud de la fiscalía, ordene a la defensa

el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad" Corte Constitucional, sentencia C-289/12. 18 de abril de 2012. MP Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. D-8698. Sobre este mismo particular revisar sentencias: C-205/03, C-595/10.

28 "La vigencia de esa presunción [de inocencia] le marca al proceso penal un derrotero particular en materia probatoria pues se parte de una presunción que hay que desvirtuar plenamente ya que aún en caso de duda se mantiene su efecto vinculante. Ello es así en cuanto a la racionalidad del Estado constitucional, como Estado de justicia, le repugna la sola posibilidad de condenar a un inocente". (Sentencia C-156 del 5 de marzo de 2002 MP Jaime Córdoba Triviño).

29 Sentencia C-782-2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra; C-828-2010.

aportar exámenes médicos que confirmen la hipótesis de inimputabilidad cuando la defensa pretenda hacer uso de esta estrategia (C-1194-2005), lo cual nos lleva a decir que para cuando estamos frente a una hipótesis de inimputabilidad, la carga de su prueba recae en la defensa.

Por otro lado la Corte Constitucional ha sido enfática en defender que la prohibición de las pruebas de oficio es constitucional, y equivale al lógico desarrollo del proceso acusatorio que busca la imparcialidad judicial³⁰. Esto nos deja un panorama bastante turbulento, en el que no está claro el alcance de la presunción de inocencia (aunado al más exigente EdP) por un lado, y la carga de la prueba en el sistema acusatorio, por el otro, respecto a la prueba de las eximentes de responsabilidad penal, tal y como veremos más adelante.

2.4 El MATDR en España

En cuanto al caso español, la CE en el art. 24-2 contiene, entre otras garantías judiciales, la presunción de inocencia así:

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Este principio es en el ordenamiento jurídico español, un derecho reconocido y aceptado como “uno de los principios cardinales del derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (SSTC 138, 1992). Este es entendido por la jurisprudencia constitucional española bien como *regla de tratamiento*, según la cual se presume inocente a quien no ha sido declarado culpable tras un proceso judicial, o bien como *regla de juicio*, que exige que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (STC 185, 2014).

El MATDR debe su desarrollo a la jurisprudencia, ya que de su redacción legal difícilmente puede desprenderse la exigencia de un determinado EdP³¹. Así, el art. 741.1 LECr dice que “el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo

30 (S)i el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del in dubio pro reo y absolver al sindicado. (SC 396 de07).

31 Esta es la postura de autores como FERRER BELTRÁN, 2007.

manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley”.

Ha sido en el desarrollo del principio de presunción de inocencia, que establece la jurisprudencia que, para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, es requisito *sine qua non* que el órgano jurisdiccional alcance un convencimiento superior a la duda razonable³². En este sentido dice el Tribunal que: “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (SSTC 124, 2001).

Con todo, no hay tampoco una interpretación clara del contenido del EdP, por el contrario, la redacción del citado art. 741.1 ha favorecido más criterios subjetivos o “morales” –en el sentido antes empleado- que la delimitación objetiva de lo que en realidad requiere el MATDR, y en general, cualquier EdP que se vaya a adoptar.

El juicio oral tiene un carácter tendencialmente acusatorio, a diferencia de la fase de investigación que se rige por un principio inquisitivo (arts. 299 y ss. LECrim.). Esto supone la vigencia de principios como el de aportación de parte, según el cual corresponde a las mismas aportar los hechos y sus respectivas pruebas, al respecto dice el art. 728 de la LECrim “no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

El art. 729.2 LECrim introduce la facultad al órgano judicial de ordenar la práctica de todos los medios probatorios que requiera en orden a esclarecer los hechos. La interpretación de este artículo, le ha dado el carácter de excepcional a la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio. Estas sólo pueden realizarse ante la inactividad probatoria de las partes y sobre hechos que no afecten el núcleo de la acusación, es decir, “todas las circunstancias fácticas que no modifiquen la pretensión, formulada en los términos señalados, pueden ser apreciadas de oficio” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 338).

Tanto el TS como el TC han fijado los requisitos que debe tener la prueba penal para poder sustentar una sentencia de cargo, esta es la prueba

“encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad.” (STC 33/2000).

Hay una posición jurisprudencial bastante consolidada acerca de que, en principio, la carga de la prueba³³ recae sobre la acusación, en el sentido de que

32 Algunos ejemplos se pueden ver en: (STC 81/1998, de 2 de abril; Sentencia 133/2014, de 22 de julio de 2014).

33 En virtud de la presunción de inocencia Fernández López habla de una *atribución* de la carga de la

esta debe suministrar los fundamentos que acrediten todos los extremos del delito. Su prueba, además, debe servir para fundamentar un convencimiento MATDR³⁴, de modo que la consecuencia jurídica, para los casos de duda judicial, se resuelve a favor de la acusación.

Respecto de la duda en las hipótesis de descargo, el TS ha mantenido una postura estricta, en el sentido de exigir que las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes queden tan acreditadas como el hecho que se imputa³⁵. Así, se ha pronunciado diciendo que:

Las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden.- La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega". (STS 531/2007, de 18 de junio).

De esto se desprende que las circunstancias eximentes deben quedar probadas MATDR.

El TC, por su parte, ha entendido que la prueba —y su ausencia— sobre las causales eximentes son un problema de estricta legalidad que escapa a la órbita de la presunción de inocencia. En este sentido se ha pronunciado diciendo que:

Es doctrina reiterada de este Tribunal —cita STC 63/2001— que la apreciación o no de la concurrencia de atenuantes o eximentes es una cuestión de estricta legalidad penal, que sólo puede ser combatida en amparo de resultar arbitraria, errónea o irrazonable.(STC 239/2006 del 17 de julio de 2006).

2.5 Garantía procesal y cláusula cuasi epistémica

Un EdP es el baremo que permite decir cuándo una hipótesis será considerada como verdadera y cuándo será considerada como falsa, pero, no sirve en sí misma para determinar el grado de apoyo con que cuenta una hipótesis o, en otras palabras, no sirve para encontrar la verdad³⁶. Su función es más bien,

prueba en lugar de una *distribución* (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 145).

34 STC 43/2003. En la medida en que España cuenta con un sistema de jurados, la exigencia instructiva para la jurisprudencia es comparable con la experiencia anglosajona. Al respecto ver: (De Paúl Velasco, 1999).

35 En este sentido ver: STS 415/2006, de 18 abril, FJ 14 (A. 2006\2289).

36 Es importante destacar que la teoría del EdP ha tenido su mayor desarrollo en la doctrina anglosajona —lo que explica las constantes referencias que en el texto se hace de doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos—, esto se debe a que allí hay un jurado lego que decide sobre las cuestiones de fácticas y un juez letrado que vela por las cuestiones jurídicas del proceso, entre las que se cuenta la de instruir al jurado sobre el grado de convencimiento al que debe llegar para proferir un fallo de culpabilidad. Este esfuerzo instructivo ha puesto de presente las enormes dificultades que existen en la definición de un EdP, y dejan al descubierto la ligereza con la que se usa este concepto. En

distribuir el error que se pueda cometer con una sentencia.

Igualmente los principios de presunción de inocencia, o el beneficio de la duda, tampoco cumplen una función de búsqueda de la verdad, por lo que no se les puede considerar como cláusulas epistémicas del proceso penal. Tampoco puede decirse de ellas que impidan o limiten la función epistémica –como es el caso de las pruebas ilícitas, el beneficio de no declarar contra sí mismo o por razones de parentesco o profesión, la prohibición de reformar en perjuicio, entre otras-, son entonces cláusulas epistémicamente neutras, o cuasi epistémicas.

Este estándar puede ser más o menos estricto dependiendo de qué tan dispuesta esté una sociedad de condenar a los individuos, aún a costa del sacrificio de inocentes. “Los estándares de prueba estrictos de ningún modo pueden reducir los errores de juicio; sólo los desplaza a favor de los acusados –sean culpables o inocentes-”³⁷ (Laudan, 2011, pág. 210).

Según este autor, es incorrecto pensar en la presunción de inocencia, como si al pronunciar el veredicto de alguna forma se crearan los hechos del crimen, de ser eso cierto –según el autor– no tendría sentido hablar de errores judiciales pues hablar de una falsa absolución, implica que hay un verdadero culpable.

Solemos señalar que existe un error cuando se produce la condena de un “inocente” o la absolución de un “culpable”. El hacer esta distinción implica la atribución *a priori* de responsabilidad penal a un sujeto. Esta distinción la hace el autor en términos de responsabilidad *material* y responsabilidad *probatoria*, y entiende que, en términos estrictos, una persona inocente es aquella que no cometió el crimen, independientemente de lo que diga su sentencia (LAUDAN, 2011, p. 12).

Esta distinción que puede ser de mucha ayuda a la hora de abordar problemas epistémicos en el proceso, olvida que el derecho penal se vale de la dicotomía

España ya está ocurriendo cosa similar, desde la entrada en vigencia de la LOTJ, ya que como lo expone Mercedes Fernández, “a tenor de su art. 54.3, el Magistrado-Presidente deberá informar a los jurados acerca de que cualquier duda sobre la prueba surgida tras la deliberación ha de resolverse de la forma más favorable al acusado. Puesto que debe tratarse de dudas razonables, el Magistrado-Presidente puede verse en la obligación de explicar a los jurados el significado y la importancia de las mismas”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 296.

37 Para Laudan (2011) el proceso penal tiene tres fines: reducir el error (evitar al máximo posible condenar inocentes y absolver culpables), distribuir el error que es inevitable (acá ubica el EdP), y otros fines no epistemológicos que son sobre todo políticos y morales. Si bien este pensamiento parece incompleto por reducir injustificadamente otros fines, como la resolución de conflictos, o la materialización del derecho sustancial, y agruparlos arbitraria y asistemáticamente; tampoco parece acertado decir que la distribución del error sea autónomamente uno de los objetivos del proceso, sino que este obedece a varios de los criterios que quedan dentro de la categoría de valores no epistémicos. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 296.

de inocente y culpable. No es que el proceso cree los hechos, como lo señala el autor, sino que construye unas realidades a partir de un lenguaje propio –también construido- que implica la imposición de etiquetas sobre la responsabilidad penal de los individuos. En la realidad encontramos hechos, y personas que intervienen en ellos, la denominación de inocente o culpable no es un hecho sino una construcción.

Ahora, no ocurre, como sugiere Laudan, que en consecuencia no pueda hablarse de errores judiciales. Estos se presentan cuando las hipótesis de hecho o de derecho, no se correspondan con los hechos mismos, y por tanto se atribuye a una persona un hecho que no ocurrió como se propone, o un hecho que si ocurrió se atribuye a un sujeto ajeno al mismo.

En ordenamientos jurídicos con tendencias garantistas, hay mucha menos libertad para escoger un determinado EdP en los procesos penales, pues el análisis de la distribución del error no se puede reducir a un cálculo econométrico³⁸, sino que tiene que atenderse a una serie de garantías y derechos constitucionales, que son en todo caso, decisiones políticas previas sobre las que se edifica la sociedad y se construyen las instituciones³⁹.

Ahora bien, podría decirse que la estipulación de las normas penales obedece a una función que ha de ser tomada en cuenta al momento de imponer una sanción; aparecen aquí las teorías de los fines de la pena⁴⁰. Podemos acordar entonces que el juez debe por un lado materializar los fines de la pena, y por otro lado proteger los derechos individuales a que tiene derecho el acusado.

Sin embargo, cuando el análisis se encuadra dentro de la protección de bienes jurídicos –en términos de prevención–, y la protección de derechos subjetivos concretos del procesado, estos últimos deberán prevalecer sobre los bienes que son “meramente apetecibles” por la sociedad. La adopción de un EdP exigente, es un

38 Así lo propone la teoría Laplace-Nozick, según la cual en virtud del contrato social al Estado le corresponde minimizar dentro de los límites de sus posibilidades el resultado de la sumatoria de la probabilidad de que una persona inocente sea condenada por error más la probabilidad de que una persona pueda llegar a ser víctima de un delito. Entendiendo que estas son las únicas variables a analizar por ser las obligaciones del estado frente al delito (LAUDAN, 2011, pág. 252).

39 En atención a los errores de adjudicación en que pueden incurrir los jueces, en tanto son personas, y por ello fallibles, dice Dworkin (1984, pág. 208) que aun cuando seamos conscientes de esos errores “debemos auspiciar técnicas de adjudicación de las que quepa esperar que reduzcan globalmente el número de errores, basándose en algún juicio de las capacidades relativas de los hombres y mujeres que podrían ocupar los diferentes roles”.

40 Como lo plantea una teoría unificadora de los fines de la pena, como la propuesta por Roxin, se tiene que al momento de la imposición de una pena, se debe atender a las necesidades preventivas especiales y generales ROXIN, 1997 (Art. 4 CPCol).

reflejo de la importancia que tienen los derechos individuales sobre los generales, en un determinado modelo de estado (Dworkin, 1984). Es por esto que entenderemos que el objetivo de las reglas de juicio, y particularmente el EdP MATDR, no es otro que el de evitar condenas erróneas.

A partir de lo anterior, no cabe más que rechazar los planteamientos que introducen criterios de ponderación entre el alcanzar un estándar necesario para una condena, y el de obedecer a criterios preventivos. La inobservancia del MATDR no puede conducir más que a una sentencia absolutoria, y el juez no puede convertirse en un funcionario al servicio de alcanzar los fines político-criminales desconociendo las garantías fundamentales.

3. Carga de la prueba en el proceso penal

Partimos de la base de que el proceso penal es un requisito *sine qua non* para la declaración de culpabilidad⁴¹ de un individuo, y la posterior imposición de una pena o medida de seguridad (*nulla poena sine iudice*). En esta medida aceptamos que el proceso penal es una técnica destinada a proteger a los individuos del abuso del poder estatal.

Ahora bien, a través del proceso penal se constituyen diversas situaciones jurídicas⁴² entre quienes en él intervienen con relación al objeto del proceso, a saber, la determinación de la culpabilidad del procesado. Esas relaciones, además, están cruzadas por una serie de principios y normas que modifican la forma en la que estas situaciones se constituyen.

En su esquema básico, dentro de un proceso hay, por lo menos dos pretensiones enfrentadas⁴³: por un lado la pretensión de la declaratoria de culpabilidad y por el otro la declaratoria de no culpabilidad⁴⁴. Cada parte pretende que la sentencia le sea favorable a sus pretensiones, esto es, tiene una *expectativa* de éxito.

41 Como señala MAIER (1999), es el fin de la declaratoria de culpabilidad lo que explica la existencia del proceso penal, toda vez que la declaratoria judicial de inocencia es por lo menos innecesaria porque es esta la condición inicial de las personas.

42 Esta es la forma en la que Goldschmidt entiende el proceso penal, y rechaza la teoría del proceso como una relación jurídica abstracta GOLDSCHMIDT, 1961.

43 En la medida en que hay intervinientes adicionales en el proceso penal pueden existir más pretensiones, como el del ministerio público, o la de la parte civil. Sin entrar en detalles sobre las funciones de cada uno de ellos, nos concentraremos en las dos partes principales del proceso penal, el acusado y el ministerio fiscal.

44 El proceso penal anglosajón es más acertado en cuanto a la terminología empleada en el veredicto, esta puede ser de *guilty* o *non guilty*, pero no de *innocent*.

La obtención de una sentencia favorable, depende de la realización de varios actos de la parte interesada⁴⁵, incluyendo la necesidad de actuar para evitar una desventaja procesal. Cuando esta necesidad de actuar busca evitar una desventaja a la parte a quien le correspondería actuar, y sólo a ella, estamos frente a una *carga procesal* que, por lo tanto, es un “imperativo de propio interés”⁴⁶. En principio, a cada parte le corresponde probar aquello que alega (art. 167 CPC).

Por diversos motivos, la ley puede eximir de una carga a una de las partes, lo que significa que de omitir un acto puede no obtener las desventajas procesales. Estas excepciones, junto con las expectativas de una sentencia favorable, y la posibilidad u ocasión de actuar para obtener una ventaja procesal, constituyen los derechos procesales, que a diferencia de los materiales, dependen de la prueba de un hecho.

En relación con los actos de parte que impliquen la carga de la prueba, estos pueden ser de tres tipos: está en primer lugar la carga de alegar, la de producir pruebas y la carga de persuasión.

La primera se refiere a aquella que corresponde a una parte para que la pretensión, bien sea jurídica o fáctica, sea considerada para su inclusión en un litigio⁴⁷ y la carga se agota en la manifestación de dicho supuesto. La importancia de la carga de alegar, radica en que la parte que se podría ver beneficiada con el hecho que alega, puede ser acaso la única que lo conoce.

En la medida en que la prueba de muchas de las causales de exclusión de responsabilidad tiene un componente enteramente subjetivo, corresponde únicamente a la defensa la carga de alegar la existencia de dicho supuesto. Esto no supone una inversión de la carga de la prueba susceptible de lesionar la presunción de inocencia, sino que equivale al mínimo impulso de la defensa para ingresar una hipótesis en el debate probatorio posterior, que permitirá encauzar el proceso. Diremos pues, que la carga de alegar corresponde a quien pide un cambio en el *statu quo*⁴⁸.

45 Un acto procesal puede provenir de las partes o del juez, y son aquellos que constituyen, modifican o extinguen las expectativas, posibilidades o cargas procesales, o la dispensación de las mismas. A su vez los actos de partes pueden ser de dos tipos: de obtención, o en sentido estricto, son aquellos que tienen como fin inmediato el de llevar un hecho a evidencia (a estos actos pertenecen las solicitudes y aportaciones de prueba); y los actos de causación, que se definen por su opuesto; son todos aquellos actos de parte que no son de obtención GOLDSCHMIDT, 1961, pp 79 y ss..

46 Esto es lo que diferencia la carga de los deberes, estos últimos son “imperativos de intereses ajenos”, puesto que las consecuencias jurídicas negativas de omitir un acto no recaen exclusivamente en quien se beneficiaría de ellos. GOLDSCHMIDT, 1961, p. 77.

47 Hay quien sostiene que la carga de la prueba sobre las causales que excluyen la responsabilidad penal corresponde a la defensa únicamente en lo que respecta a la carga de alegar, sin embargo esta parece una salida demasiado simple que en el fondo no resuelve los problemas prácticos. Esta postura es defendida por CUERDA RIEZU, 2014.

48 Las cargas de la prueba pueden ser modificadas por el legislador a través de las presunciones, que

La carga de producción de pruebas se equipara a la carga de la prueba en su sentido material, y hace alusión a la exigencia que tiene una parte determinada de fijar un hecho concreto a través del aporte de pruebas, so pena de asumir para sí las consecuencias negativas de no haber acreditado el hecho. Esto corresponde a la etapa procesal de la solicitud de pruebas⁴⁹.

En una muy estrecha relación se encuentra la carga de persuasión, que equivaldría al EdP. Una vez practicadas las pruebas⁵⁰ y establecida la base fáctica, se establece qué regla de decisión deberá atenderse para considerar un hecho como verdadero y a qué parte corresponde asumir el costo de no alcanzar dicha regla dentro de un marco de probabilidad. El presente estudio tiene por objeto la carga de persuasión únicamente al momento de emitir una sentencia⁵¹.

Estos actos se producen en momentos diferentes, en atención a la etapa del proceso en la que nos encontremos. Sin embargo, en atención a los efectos, la carga de producción no es más que un desarrollo de la carga de persuasión: si aceptamos que las consecuencias negativas de no haber acreditado un hecho (negación de una consecuencia jurídica) corresponden a una parte determinada (p.e. a la acusación), por no haber acreditado el supuesto de hecho que soporta dicha consecuencia jurídica, entonces tendremos que aceptar que la carga de la prueba corresponde a esa parte⁵².

son disposiciones legales mediante las cuales se dispensa a una parte de probar algo que de otra forma tendría que probar, asumiendo las consecuencias negativas de no hacerlo.

- 49 Para ver un análisis más detallado de la proposición de pruebas en el proceso penal, su determinación procesal, y las facultades probatorias del Tribunal Enjuiciador ver: FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. Capítulo IV.
- 50 Puede entenderse que la carga de producción implica no sólo el solicitar al juez el decreto de la prueba sino además su práctica.
- 51 A lo largo del proceso, y en el entendido en que este es dinámico, se van estableciendo diferentes cargas tanto de producción como de persuasión que atienden a finalidades diferentes. Por ello es posible que dentro de un mismo proceso se acepten diferentes estándares de prueba dependiendo de la etapa procesal en la que nos ubiquemos, y del fin que se pretenda conseguir. Por ejemplo en España según el art. 503 LECr, para decretar una prisión provisional es necesario que: "aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión"; corresponde al juez de instrucción acordar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, el art. 790.6 de la LECr. siempre que no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado, so pena de decretar el sobreseimiento. En el caso colombiano, corresponde al juez de control de garantías decretar la medida de sólo si "de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda *inferir razonablemente* que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga" (art. 308 CPP); en cuanto a la suspensión y cancelación de registros, el art. 101 del CPP apenas exige que haya motivos fundados.
- 52 Por esto se dice que "la carga de persuasión determina el significado de la carga de producción" R. ALLEN, en Carmen, p. 42.

En algunos casos la parte a quien corresponde la prueba de un hecho se encuentra en imposibilidad de acceder a medios probatorios idóneos y por tanto de acreditar un hecho, por lo que se flexibilizan las cargas, atribuyéndoselas a aquellas que estuvieran en mejores condiciones de acreditar un hecho. Esto es lo que se conoce como la carga dinámica de la prueba, y se aplica en los eventos en los que hay una desigualdad procesal en la que una de las partes está en mayor facilidad de aportar prueba de un hecho determinante en el proceso.

Hasta ahora tenemos que en el proceso existe una categoría jurídica que ubica a una parte en posición de probar un hecho, bien porque esté en mejor posición, o porque es el que tiene interés en hacerlo, o porque hay una cláusula legal que se lo exija; en todo caso se deberá tener en cuenta que es a esa parte, y sólo a ella, a la que le corresponderá asumir las consecuencias desfavorables de omitir la carga.

La carga de la prueba puede ajustarse dependiendo de los fines que se quieran perseguir en un proceso penal, y atendiendo a los principios rectores del derecho procesal penal. Esas cargas pueden ser de producción de pruebas o de persuasión, siendo la primera un desarrollo de la segunda. Advertimos que los eventos de las eximentes de responsabilidad penal, suponen un análisis particular dentro de la carga de la prueba, que supondrá reformular algunos presupuestos probatorios.

3.1 Carga de la prueba y presunción de inocencia

La presunción de inocencia⁵³ se ha entendido, por un lado, como regla de tratamiento del imputado. En este sentido es un derecho subjetivo del que se desprende que el acusado deba ser tratado a lo largo de todo el proceso como inocente, esto tiene importantes efectos en la prohibición de penas anticipadas y la imposición de medidas preventivas⁵⁴.

Pero, de otro lado, la presunción de inocencia también tiene efectos directos en la prueba, y en este sentido puede entenderse en su función de regla probatoria y también como regla de juicio. La primera es la que indica las reglas que deben seguirse en un procedimiento probatorio y las características de los medios de prueba que puedan soportar una acusación.

53 Un amplio sector de la doctrina coincide en decir que no hay una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, toda vez que esta queda limitada por la presunción de inocencia, la cual es un límite infranqueable para una distribución de la carga de producción en donde sea que esta no recaiga enteramente en la acusación CAFFERATA NORES, 1988; ASENSIO MELLADO, 1989.

54 Un acertado análisis sobre el conflicto entre presunción de inocencia como regla de tratamiento, y el uso de la prisión preventiva se puede ver en: ANDRÉS IBÁÑEZ, 1996.

Como regla probatoria, se establece que corresponde a la acusación presentar pruebas⁵⁵ de los hechos que sustenten su pretensión de condena, incluidos todos los extremos de la acusación, es decir, debe demostrar la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable, incluyendo la relación causal, los aspectos objetivos y subjetivos y, por supuesto, las agravantes, además de la plena identificación del acusado y su relación con el hecho. En principio la existencia de este derecho subjetivo nos lleva a decir que la carga de producción de la prueba está en cabeza de la acusación.

Como regla de juicio se indica al juez cómo proceder en los casos en los que luego de la práctica de las pruebas, se encuentra en duda frente a la ocurrencia de un hecho, de modo que la hipótesis tanto puede ser cierta como puede ser falsa. Este problema particular de la duda se reconduce al principio del *in dubio pro reo*, sin embargo lo seguiremos tratando como presunción de inocencia por no haber una distinción sustancial entre ambos términos⁵⁶.

Prima facie la presunción de inocencia indica al juez que, cuando los hechos constitutivos de la acusación no resulten probados MATDR, el juez debe negar la pretensión y, en consecuencia, absolver. En tanto que corresponde a la acusación fijar los hechos que soporten su hipótesis, independientemente de la actuación de la defensa, la carga de producción corresponde a esta primera y exime a la última, pues la inocencia es ya el punto de partida y la hipótesis a desvirtuar. Esto incluye no sólo los hechos que componen el tipo penal, sino también los que componen las agravantes.

Si bien pesa sobre la acusación la carga de demostrar los elementos que soporten su acusación MATDR, hay eventos en los cuales el acusado se ve en la situación jurídica de aportar las pruebas para obtener una ventaja procesal. Este es el caso de la materialización de la duda razonable. Así, tomando las palabras de Allen, podemos decir que: "la afirmación de que la acusación debe probar los elementos del delito más allá de toda duda razonable y la afirmación de que el acusado debe mostrar que hay una duda razonable, son equivalentes" (Allen, en Carmen, pág. 47).

55 Un desarrollo ulterior de este derecho exige además que las pruebas estén estrictamente sujetas a la legalidad, excluyendo de pleno derecho aquellas que violen derechos fundamentales FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 150.

56 Como lo señala Fernández López, los conceptos de presunción de inocencia (en su variante de regla de juicio) e *in dubio pro reo*, son en realidad dos expresiones distintas que cumplen la misma función cual es resolver los casos de duda. En España la razón de diferenciar estos términos responde a una necesidad práctica de los jueces de responder cuestiones prácticas, especialmente en lo que se refiere al uso del recurso de casación FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, pp. 187 y ss.

Si bien la ausencia de actividad probatoria por parte de la defensa no implica como consecuencia necesaria una sentencia condenatoria, puede ocurrir que la hipótesis acusatoria esté suficientemente acreditada y todos los extremos que la componen sean probatoriamente sólidos. La acusación consigue identificar plenamente al acusado, atribuirle un hecho típico, antijurídico y culpable, e inclusive lograr demostrar algunos agravantes. Ahora bien, puede que la defensa opte por alegar una causa de exclusión de responsabilidad, por ejemplo una legítima defensa.

En estos eventos estamos frente a una carga de la prueba en cabeza de la defensa, como veremos más adelante, sin que ello implique necesariamente una violación a la presunción de inocencia y sin que se constituya como una prueba diabólica en su contra. En cambio, es una consecuencia de aplicar la carga dinámica de la prueba a los efectos de introducir una duda razonable para desvirtuar la hipótesis acusatoria.

3.2 ¿Cuáles hechos deben probarse en el proceso penal?

Es casi un lugar común afirmar que “todos los extremos de la acusación” deben ser probados MATDR⁵⁷, pero el amplio desarrollo de la teoría general del delito exige que esta afirmación sea observada con mucho mayor cuidado, para evitar que todos los elementos que componen la acusación sean tratados de la misma forma, desatendiendo a las particularidades que tienen.

Dentro de los hechos a acreditarse en un proceso, están, en primer lugar, los hechos constitutivos que son aquellos que componen la pretensión punitiva en su sentido más estricto; son los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, y por esto dependen de la redacción de cada tipo penal. También comprenden las agravantes de la responsabilidad.

Los hechos constitutivos pueden ser a su vez hechos subjetivos u objetivos. La importancia de esta diferenciación, radica en las distinciones probatorias en uno u otro caso y que tienen una incidencia directa en la valoración judicial de la prueba. La concurrencia de ambos es necesaria para la configuración del delito, sin la prueba del elemento subjetivo nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva, proscrita en el ámbito penal, y sin el elemento objetivo nos quedamos en el fuero interno del sujeto lo cual en principio no concierne al derecho penal.

57 Desde el fallo *In Re Winship*, la Suprema Corte de Estados Unidos sentó el precedente de que cada elemento del delito debe ser probado más allá de toda duda razonable. Lo que nos interesa ahora es ver cómo el EdP MATDR funciona de forma distributiva sobre unos elementos del delito, y corresponderá ahora determinar cuáles son esos elementos del delito que deben ser probados MATDR para que pueda al final, declararse la responsabilidad penal.

Los hechos objetivos conforman la conducta típica y se manifiestan a partir de conductas u omisiones expresadas en forma de verbos rectores. Por su parte, los hechos subjetivos, son los que vinculan psicológicamente a un sujeto con un hecho, se refieren al ámbito interno de la personal. Los aspectos subjetivos no se circunscriben a una única categoría dogmática, sino que están presentes en toda la estructura del delito.

Son de vital importancia en la composición del tipo subjetivo al estructurar el dolo o la culpa y todas las variables que de estos se deriven, y no son menos importantes en las categorías de la antijuridicidad, donde son determinantes para establecer la existencia de causales de justificación y en la categoría de la culpabilidad permiten la formulación de causales de exculpación.

Ahora bien, la prueba del elemento subjetivo es más complicada de abordar por dos aspectos: el primero es que supone un reto probatorio mucho mayor que los hechos objetivos por su naturaleza⁵⁸; el segundo es que la atribución de ese esfuerzo probatorio depende de la categoría jurídica en la que se encuentre el hecho subjetivo, en otras palabras, la carga de la prueba del hecho subjetivo depende de la categoría dogmática en la que este se ubique.

La prueba de los hechos internos ha supuesto la discusión de si estos son o no hechos en la medida en que no tienen un reflejo externo directo⁵⁹, sin embargo en la medida en que el fuero interno no es un campo impenetrable⁶⁰, y que sobre ellos pueden hacerse juicios que permitan fijar hechos en el proceso, se entiende que a su vez lo son, o en gracia de discusión, al menos en un sentido procesal.

58 Las acciones u omisiones intencionales, tienen presupuestos ontológicos, epistemológicos y morales tácitos, y son un objeto legítimo de reflexión filosófica BUNGE, 2002, p. 330.

59 Tal y como lo expone Fernández López (2005, pág. 59) la discusión ha llegado a entender que en lugar de hechos subjetivos, nos encontramos con juicios de valor o de inferencia, y que por lo tanto el problema no es tanto fáctico, sino normativo. En España la discusión ha sido abordada por la jurisprudencia; el T.S. por ejemplo considera que los hechos internos no son objeto de prueba y por lo tanto se excluyen del derecho a la presunción de inocencia. Manifiesta la autora que como "(c)onsecuencia de esta teoría jurisprudencial resulta la inaplicación en la práctica del derecho a la presunción de inocencia a los delitos imprudentes, en la medida en que en ellos se discute el elemento subjetivo del injusto, no las circunstancias objetivas, acerca de las cuales no suele haber conflicto" (Ibíd. p. 60).

60 "(L)os científicos sociales –a diferencia de los psicólogos– no tiene un acceso directo a las intenciones: sólo pueden observar los resultados objetivos de acciones deliberadas. No cabe duda de que pueden imputar intenciones, expectativas y cosas por el estilo a los individuos. Pero estas atribuciones son riesgosas, aun cuando en principio sean verificables y compatibles con la psicología experimental" BUNGE, p. 23.

La prueba de los hechos subjetivos del tipo, corresponde en principio a la acusación⁶¹, y el EdP exigido es de MATDR, de lo cual se desprende que la consecuencia jurídica de la falta de prueba de un hecho constitutivo es la absolución del acusado. Para los casos en los que la falta de prueba sea sobre las causales agravantes, la consecuencia será la exclusión de la agravante y la aplicación del tipo simple. Se entiende que la prueba de los hechos objetivos y subjetivos supone la prueba de la identificación plena del individuo y la atribución del tipo a este.

En segundo lugar, se encuentran los hechos impositivos, que son aquellos que mediante la negación de uno de los hechos constitutivos busca evitar que la pretensión acusatoria prospere. Que sean una negación significa que la afirmación de su existencia implica una relación disyuntiva con la hipótesis acusatoria, por esto es que constituyen una categoría autónoma de hechos impositivos, y no meras negaciones.

Se entiende que la pretensión acusatoria no prosperará cuando alguno de los elementos de la naturaleza o esencia del delito estén ausentes o insuficientemente soportados. Dentro de los hechos impositivos se encuentran las causales que excluyen la responsabilidad penal, como las causales de justificación y las de exculpación.

Hay otro tipo de hechos que se oponen a la pretensión acusatoria pero cuya entidad no es suficiente para excluir la responsabilidad penal sino que alteran el alcance y contenido de la pretensión. Estos son los hechos modificativos, y se incluye en este conjunto las causales de disminución de responsabilidad penal o atenuantes⁶² (FERNÁNDEZ LÓPEZ, p. 70).

Por último se encuentran los hechos extintivos que no están dirigidos a controvertir los hechos constitutivos, sino que buscan terminar la relación jurídica y por tanto dejar sin efectos la pretensión acusatoria. Es el caso de la prescripción de la acción penal, la indemnización a la víctima o la cosa juzgada.

Según lo anteriormente expuesto tenemos que, hay por un lado una hipótesis acusatoria que se fundamenta en los hechos constitutivos del delito, y otra absolutoria, integrada por los demás hechos, bien sean impositivos o modificativos. En la medida en que el punto de partida es la inocencia, se entenderá que en principio la carga de la prueba de los hechos constitutivos recae sobre la acusación, pero el caso de las eximentes –que es el que nos ocupa- merece un análisis más detallado.

61 Los casos de lavado de activos son un claro ejemplo de cómo se ha venido invirtiendo la carga de la prueba para los hechos constitutivos de algunos delitos. En este caso es el acusado quien debe probar la licitud del origen de su patrimonio.

62 Las agravantes como vimos anteriormente están integradas al objeto de la pretensión punitiva por lo que no pertenecen al conjunto de hechos modificativos, como sí es el caso de las atenuantes.

4. Causales de exclusión de responsabilidad penal

Las causales de exclusión de responsabilidad penal, en su mayoría, corresponden a aquellos hechos que hemos clasificado como impositivos, pues su efecto consiste en no permitir que prospere la responsabilidad penal. Por su parte, el error de tipo y de prohibición vencibles, son hechos modificativos, pues son compatibles con la existencia de la responsabilidad penal, y su efecto consiste en alterar las consecuencias de la misma.

Estas causales están contenidas en los artículos 32 del CPCol, y 20 del CPEsp; ambas legislaciones contemplan un listado no taxativo de eventos que excluyen la responsabilidad penal, bien sea por ausencia de acción, de tipicidad o de culpabilidad; o que reducen la misma, tal es el caso del error de tipo cuando la conducta está prevista en modalidad culposa; o el art. 21 del CPEsp, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal. En esta medida no puede decirse que los artículos en mención corresponden a una sistematización de causales que atienden a una determinada categoría del delito.

Sobre la inimputabilidad baste decir que la misma no es una causal de exclusión de responsabilidad penal. La responsabilidad penal⁶³ puede predicarse tanto de los imputables como de los inimputables (Agudelo, 2007), la diferencia es que mientras a los primeros se les imponen penas, a los últimos se les imponen medidas de seguridad⁶⁴. Ahora bien, es igualmente posible que la inimputabilidad concorra con circunstancias eximentes de responsabilidad, en cuyo caso esta se constituye como una categoría residual que se examina ante la ausencia de eximentes (Sandoval, 2003).

En todo caso, la inimputabilidad deberá atender también a criterios probatorios que sean consistentes con el principio de la presunción de inocencia, por lo cual se incluye esta causal en el presente análisis; lo mismo ocurre con el estado de intoxicación plena contenido en el num. 2 del art. 20 del CPEsp —que permite para estos casos, la aplicación de las medidas de seguridad—.

63 Sobre esto el art. 9 del CP dice que para que la conducta del imputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; mientras que para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

64 Esto bajo el entendido que la responsabilidad penal implica la pérdida o disminución coercitiva de un derecho, característica que comparten tanto las penas como las medidas de seguridad, en este sentido ver por todos AGUDELO, 2007.

4.1 Algunos fundamentos de las causales de exclusión de responsabilidad penal

Es innegable pues, que las causales eximentes de responsabilidad apelan a un sentido de justicia⁶⁵, ya que reúnen una serie de supuestos en los cuales se considera que, aun cuando pueda haber un hecho que revista características de delito, se renuncia a la utilización del aparato punitivo para salvaguardar ciertos valores que se entienden como superiores a los fines de la pena⁶⁶. Así, consideramos que quien mata a otro en legítima defensa no recibirá el mismo trato que quien no se ampara en una causal de justificación. También hay hechos que se consideran particularmente graves, y que, por tanto, no se encuentran permitidos bajo ninguna circunstancia⁶⁷.

Según Ferrajoli (1995, pág. 459), las eximentes de responsabilidad penal son normas positivas que traducen los principios morales que sirven para negar la justificación de ciertas prohibiciones o para justificar ciertos delitos, los mismos hacen parte de lo que el autor denomina “la ética descriptiva”. Estos principios de justicia expresan siempre valores, lo que los hace discutibles e inverificables (pág. 461).

Cada una de las causales tiene unos elementos constitutivos particulares, por lo que implican una serie de retos a la hora de su demostración. Sin embargo, la distinción entre causales que excluyen la acción, la tipicidad o la culpabilidad, no es una distinción dicente de cómo se pueden probar las mismas.

Dentro de las causales que excluyen la responsabilidad criminal se encuentran de un lado, las que excluyen los elementos objetivos del injusto, dentro de las que están: el consentimiento del titular, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, la legítima defensa y el estado de necesidad; por otro lado están las causas que excluyen el elemento subjetivo dentro de los que se encuentran la embriaguez, la enfermedad mental, la coerción y el error.

Esta diferenciación es apenas para efectos de analizar y determinar las cargas probatorias de las eximentes, pero no pretende desconocer la importancia de relacionar las eximentes con las categorías dogmáticas a las cuales obedecen, ya que esta última diferenciación tiene efectos jurídicos significativos en términos de responsabilidad civil, por ejemplo.

65 “They ask whether we could have reasonably expected the defendants to have remained law-abiding given the situation they faced.” PAUL ROBINSON, pág. 5.

66 “Excuses are interesting because the lay bare the criminal laws concern for the community’s sense of justice”. Ibid.

67 Es el caso de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura que quedan expresamente excluidos de la eximente del art. 32-4 CP.

4.2 Causales objetivas y subjetivas de exclusión de la responsabilidad penal

En primer lugar se encuentran las causales objetivas, que se configuran a partir de elementos externos al sujeto, aunque —salvo en el caso fortuito y la fuerza mayor— requieran adicionalmente de elementos subjetivos. Las causales contempladas tanto en el art. 32 del CPCol, como en el art. 20 CP Esp, componen el grupo más extenso de causales de exclusión.

Dentro de esta categorías se encuentran: el caso fortuito y fuerza mayor, el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, el estricto cumplimiento de un deber legal, la orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho o de actividad lícita o cargo público, la legítima defensa, el estado de necesidad, y la insuperable coacción ajena.

Para el caso de la fuerza mayor y el caso fortuito los requisitos de configuración y los elementos a probar son equivalentes, esto en el sentido de que basta con acudir a criterios objetivos para hablar de la existencia de la misma. Es suficiente probar por ejemplo que el sujeto fue empujado desde lo alto de una piedra para que se configure la causal y quede excluida la responsabilidad penal.

En los demás eventos, la configuración de la causal requiere la existencia de unos requisitos adicionales⁶⁸. Por ejemplo, para el caso de la legítima defensa, se requiere no solo que el sujeto se enfrente a una situación objetiva de agresión ilegítima, sino además que el sujeto tenga conocimiento de dicha situación (Roxin, 1997, p. 667).

Lo mismo ocurre con el estado de necesidad, en donde, adicional a la agresión ilegítima —que es una circunstancia externa y objetiva—, debe haber un requisito subjetivo: que el sujeto sepa que se encuentra en una situación justificante, aunque no necesariamente quiera actuar conforme a dicha situación⁶⁹. Esos elementos subjetivos, si bien son esenciales para la configuración de una causal de exclusión, no lo son para efectos de la distribución de la carga de su prueba.

Las causales subjetivas en cambio, son aquellas que dependen de la configuración subjetiva que una persona tenga de una situación, más que de la situación

68 Otros autores sin embargo, consideran que para la configuración de dichas causales no se requiere el conocimiento de la situación, sino que basta con que la existencia objetiva de dicha causal. Por todos ver: SOTOMAYOR, 1996.

69 Esta afirmación es compatible con un concepto subjetivo de injusto “para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho. La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto” ROXIN, p. 597.

misma. La causal existe en tanto que el sujeto considere que su obrar se corresponde con su propia visión del mundo. Dentro de las causales subjetivas encontramos las siguientes: el miedo insuperable, el error de prohibición, el error de tipo y la inimputabilidad.

4.3 Defensas afirmativas

Se ha denominado *defensas afirmativas* a los supuestos de hecho⁷⁰ en donde la carga de la prueba se encuentra en cabeza del acusado, y se define como “la defensa en la cual el defendido introduce evidencia, que, si resulta creíble, negará la responsabilidad penal o civil, incluso si se demuestra que el defendido cometió los actos alegados. Legítima defensa, error, inimputabilidad y necesidad”⁷¹.

Esta teoría ha tenido su mayor desarrollo en el escenario anglosajón y, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos jurídicos colombiano y español, el estadounidense tiene una consagración expresa de aquellos supuestos constitutivos de defensas afirmativas. Dentro de estos supuestos están: § 2.08.4 del MPC, según el cual corresponde a la defensa demostrar que actuó bajo los graves efectos de la intoxicación, además de demostrar que la misma no fue provocada por el autor o que es patológica⁷².

Este último caso resulta más complejo, puesto que a la defensa le corresponde probar, no sólo la existencia de la causal, sino además impedir que prosperen todas las hipótesis que puedan contradecir la acusación; esto puede traducirse en que a la defensa no sólo se le está exigiendo que pruebe que su conducta fue conforme a derecho -por existir una eximente- sino que dicha prueba debe ser MATDR.

Para determinar el alcance de las consecuencias de probar o no probar una eximente de responsabilidad penal, es necesario responder primero si estas causales

70 Las defensas afirmativas no recaen únicamente sobre las causales de exclusión de responsabilidad penal, también se pueden encontrar defensas afirmativas en otras disposiciones del ordenamiento jurídico estadounidense, como que la prueba del desistimiento en la tentativa corresponde a la defensa (§ 5.03.6)

71 A defense in which the defendant introduces evidence, which, if found to be credible, will negate criminal or civil liability, even if it is proven that the defendant committed the alleged acts. Self-defense, entrapment, insanity, and necessity. Tomado de: https://www.law.cornell.edu/wex/affirmative_defense, el 28 noviembre de 2015.

72 También es el caso del § 2.09 del mismo estatuto, que exige a la defensa demostrar que actuó bajo una insuperable coacción ajena (o *dureness* en el sistema anglosajón), se exige del imputado que pruebe todos los supuestos de hecho que componen esta causal (que su actuar fue la respuesta de una agresión injusta, en contra de sí mismo o de otro, que una persona razonable fuera incapaz de resistir), pero además se le exige que demuestre que él mismo no se puso en aquella situación de coacción, ni siquiera de forma negligente.

pertencen o no, a la hipótesis acusatoria; en caso afirmativo la falta de prueba de las mismas debe favorecer al imputado, en virtud de la presunción de inocencia. Independiente de la teoría adoptada para entender la relación entre tipicidad e injusto, las eximentes de responsabilidad penal sí pertenecen a la hipótesis acusatoria⁷³:

Podemos decir entonces que, el supuesto de hecho (SH) que lleva a la pena⁷⁴ (P), en materia penal se compone de una hipótesis acusatoria (A) (p.e: X mató a Y), y la ausencia de eximentes ($\neg E$) (p.e. X no actuó amparado en una causal de exclusión de responsabilidad penal); la ausencia de cualquiera de estas dos hipótesis impide el nacimiento de la pena.

Las eximentes son hechos impeditivos, esto significa que no son meras negaciones de un hecho constitutivo, sino que implican la introducción de hipótesis nuevas, que chocan con una o varias hipótesis acusatorias. Que exista una eximente no es incompatible con la existencia de la hipótesis acusatoria, todo lo contrario, ambos necesitan de uno o varios hechos para su existencia. Por ejemplo: tanto la hipótesis acusatoria X mató a Y (A), como la de X actuó en legítima defensa (E), parten de un mismo supuesto: que X haya matado a Y.

Tenemos pues que la acusación y la eximente son los dos componentes del supuesto de hecho para alcanzar la pena, sin embargo, en cuanto a los requisitos probatorios se refiere, estas dos premisas no están en igualdad de condiciones; es decir, las exigencias para dar por probado un hecho de la acusación, difieren de aquellas para probar una eximente.

Esto atiende principalmente a que la presunción de inocencia rige como regla de juicio, y asegura como punto de partida la inocencia, condición que solo se desvirtúa si se alcanza un EdP de MATDR. No ocurre lo mismo con las eximentes, cuyo propósito no es restablecer la condición primigenia de inocencia, sino dar razones que impidan dar por probada la acusación.

Es decir, mientras la acusación debe acreditar judicialmente un hecho MATDR, a la eximente le basta con crear una duda razonable. El juez no tiene que quedar convencido de que el inculpado actuó amparado en una causal eximente, sino al menos,

73 "La inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesariedad de la pena, al dejar sin efecto a algunas de las condiciones para que exista la responsabilidad penal de imputables (...); o que no dejan configurar la responsabilidad de inimputables (...), dan así origen en nuestro ordenamiento jurídico penal a lo que podemos denominar ausencia de responsabilidad penal". SANDOVAL, 2003, p. 5.

74 Hablamos de pena en lugar de consecuencia jurídica, toda vez que la ausencia de culpabilidad para los casos de inimputabilidad, no excluye la consecuencia jurídica, sino solo la pena en sentido jurídico penal. SANDOVAL, 2003.

incluir a la misma como una posible hipótesis que explique el hecho. En esta medida, habrá que precisar cuándo puede una eximente constituir una duda razonable.

Esta forma de entender las eximentes resulta problemática en varios aspectos. En primer lugar, va en claro detrimento de la presunción de inocencia el hecho de que sea la defensa la que deba acreditar su propia inocencia, al tener que demostrar un hecho impeditivo de responsabilidad. En segundo lugar, resulta por lo menos problemático que la defensa deba atender a determinadas exigencias probatorias, para demostrar su inocencia, como lo es demostrar todos los requisitos de una eximente, lo cual contradice el principio de la carga de la prueba en cabeza de la acusación.

Pero adicionalmente hay otro problema más sutil aunque no menos trascendental, y es que, en la medida en que tanto la acusación como la defensa comparten una serie de supuestos de hecho comunes⁷⁵, puede ocurrir que en el esfuerzo de la defensa por acreditar las causales de exclusión de responsabilidad penal, termine por fortalecer las hipótesis acusatorias, pero resultando insuficiente para demostrar la hipótesis impeditiva.

Por ejemplo: en el caso de la hipótesis acusatoria sea que X mató a Y, y que la causal eximente sea que lo mató estando sujeto a una insuperable coacción ajena, la premisa común para ambas partes es que X mató a Y. Si X despliega un trabajo probatorio encaminado a demostrar que lo mató amparado en una causa de ausencia de responsabilidad, pero no demuestra por ejemplo, no haberse colocado a sí mismo bajo esa coacción ajena -siguiendo el caso estadounidense-, su esfuerzo redundará en el fracaso de su hipótesis impeditiva y en el fortalecimiento de la hipótesis acusatoria.

De ser así, el acusado estaría asumiendo la carga de la prueba de su propia acusación; al mismo tiempo, tratar de demostrar la eximente, puede bloquear otra estrategia de defensa consistente en la simple negación de la existencia de los mismos hechos, caso en el cual, la prueba de los mismos radicaría exclusivamente en la acusación.

Esto no solo va en contra de principios como la presunción de inocencia, sino que, además, desdibuja los principios de justicia, que llevan a incorporar la existencia misma de las causales de ausencia de responsabilidad en el derecho penal. Es la misma justificación que requiere el EdP más exigente, lo que permite inferir que la finalidad de las defensas afirmativas se reduce a alcanzar una duda razonable.

75 En este sentido dice Jonathan Levy: "An affirmative defense is distinct from other defenses in part because it typically assumes the truth of other elements of the crime. n1 Thus, instead of "I didn't shoot him," it is "I shot him but in self-defense" or "I shot him but I was insane at the time." Fuente especificada no válida. Levy, 2013, p. 2.. .

4.4 ¿Cuándo la duda sobre las eximentes es razonable?

Es por esto pues, que las exigencias probatorias de la defensa a la hora de demostrar una eximente no pueden compararse con las de la acusación. Mientras esta última tiene la carga de demostrar una serie de hechos con un EdP de MATDR, a la defensa no se le exige que alcance un determinado estándar, toda vez que su objetivo no es dar por acreditado un hecho sino crear una duda razonable.

Algunos estados de Estados Unidos exigen que las defensas afirmativas o AD deban alcanzar un estándar probatorio menos riguroso que el exigido a la acusación, esto es, el de probar que es más probable que su hipótesis sea verdadera a que no lo sea⁷⁶. Es decir, para los casos de las defensas afirmativas se emplea un doble estándar probatorio, uno más exigente para la acusación (MATDR), y uno menos exigente para la defensa (probabilidad prevalente); sin embargo la consecuencia jurídica de no alcanzar el último requisito, redundando en el fracaso de la eximente de responsabilidad⁷⁷.

Exigir que un acusado demuestre una eximente bajo el estándar de probabilidad prevalente o inclusive uno mayor, implica que condenar erróneamente a alguien que actuó en legítima defensa no es más grave que absolver a alguien que falsamente alega una eximente (Laudan, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 8).

Si bien por tanto, no debe exigirse de la defensa que alcance un determinado estándar probatorio, en las defensas afirmativas, resulta muy riesgoso apostar por la aquiescencia de la defensa -esto en términos estratégicos-. En estos casos el triunfo de la pretensión eximente requerirá el despliegue de la actividad probatoria por parte de la defensa, imponiéndole a la misma la carga de crear una duda razonable, lo cual en todo caso es menos oneroso que alcanzar un estándar de evidencia preponderante.

76 [I]n a usual criminal case (where an AD [affirmative defense] is not involved) the state must prove defendant's guilt beyond a reasonable doubt, whereas in a case of self-defense, the defendant must prove his innocence by a preponderance of the evidence. What we have in play here are two different standards of proof, BARD and PoE, and two different parties carrying the burden, the state and the defendant respectively, LAUDAN, 2008, p. 6.

77 En el esquema norteamericano cuando la defensa alega una defensa afirmativa, se le exige primero que produzca suficiente evidencia y que eleve una duda razonable que sea capaz de convencer al trial judge; de ser así este le permitirá dirigirse al jurado para que escuche la evidencia relevante a la defensa, e informa al jurado que la acusación deberá probar que la excusa de la defensa es falsa. Pero si el juez no queda convencido de la suficiencia de la evidencia de la defensa afirmativa, no permite que se la presente al jurado, tampoco instruye al jurado en el sentido de que las defensas afirmativas son causales de exclusión de la responsabilidad, y el proceso sigue con la discusión de si la acusación logra demostrar su hipótesis acusatoria MATDR. LAUDAN, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 4.

En tanto a la defensa no está obligada a fijar un hecho como probado en el proceso, debe por lo menos presentar una hipótesis absolutoria, en cuando a defensas afirmativas se trata. El enunciado se entenderá por verdadero (al menos en un sentido formal) si pertenece a un sistema coherente de enunciados, una eximente, para ser considerada como una hipótesis dentro del proceso, debe ser coherente con la narración presentada en el proceso por las partes.

La coherencia narrativa permite poner a prueba la verdad o probabilidad en cuestiones de hechos "la posibilidad de explicar la proposición controlada dentro del mismo esquema de explicación que da cuenta de las proposiciones consideradas como verdaderas" (MacCormick, 1980). La hipótesis debe ser consistente, es decir, no debe tener contradicciones que la hagan inverosímiles según las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, para que pueda haber una duda razonable, la hipótesis eximente debe ser coherente y consistente con la teoría del caso de la acusación, aunque la forma de introducir dichas eximentes, dependerá de la naturaleza de las mismas.

4.5 Causales subjetivas y carga de alegar

Tenemos que la acusación presenta una hipótesis acusatoria, que puede ser compatible con la eximente que pretende hacer valer la defensa, o en todo caso, comparte con esta un tronco común en cuanto a una serie de hechos se refiere. En este orden de ideas, bien podría la acusación omitir la eximente y presentar una solicitud condenatoria que sea probatoriamente sólida.

Es por lo anterior que para que la eximente sea tenida en cuenta como una hipótesis válida dentro del debate probatorio dentro del proceso, a la defensa será a quien corresponderá, por lo menos, ponerlo sobre la mesa de la discusión, y proponerlo ante el juez como una explicación posible de los hechos presentados por la acusación; esto es lo que se conoce como la carga de alegar.

Una de las razones por las que se ha invertido la carga de la prueba en las llamadas defensas afirmativas, es que el procesado tiene un acceso a su fuero interno que es indisponible para la acusación, y en esa medida corresponde a este demostrar aquellos hechos externos que permitan dar cuenta del estado interno que alega (Laudan, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 12), esto es pues, un argumento epistemológico para invertir la carga de la prueba en perjuicio de la defensa. Esto ocurre particularmente en el caso de las causales subjetivas.

Es cierto que quien tiene un acceso privilegiado a los pensamientos, sentimientos, motivaciones de una persona es ella misma⁷⁸, sin embargo recordemos que

78 "El conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros

nuestros ordenamientos jurídicos exigen que la conducta, para ser punible, debe ser dolosa o culposa y, aun en los casos en los que no hay una defensa afirmativa, se exige que sea la acusación y no el procesado, quien demuestre el elemento subjetivo de la conducta⁷⁹.

Podría inclusive alegarse que, en virtud de la presunción de inocencia, el procesado no debería también asumir la carga de alegar la eximente, sin embargo, si este fuera el caso, no habría forma de asegurar que la eximente ingrese al debate probatorio, puesto que la acusación puede en todo caso presentar una teoría del caso coherente y congruente tanto narrativa como probatoriamente, aun cuando materialmente exista una eximente de responsabilidad penal, la cual podría pasar desapercibida.

Es por esto que, cuando estemos frente a una eximente de responsabilidad penal de aquellas consideradas como subjetivas, corresponderá a la defensa introducir en el debate procesal la eximente como una hipótesis válida que explique los hechos. Sin embargo, la prueba de la no existencia de la causal eximente, corresponde únicamente a la contraparte, y la consecuencia de no demostrar la culpabilidad en pleno (incluyendo la ausencia de causales eximentes) es de la acusación, quien se enfrentará a una sentencia absolutoria.

4.6 Causales objetivas e indicios

Recordemos pues que las causales objetivas, son aquellas cuyo hecho principal es externo al sujeto, como la existencia de una agresión injusta o una coacción ajena. No significa que estas causales prescindan de elementos subjetivos, sino que para crear una duda razonable, no será necesario sino la observancia del aspecto subjetivo. Para la prueba de estas causales recurriremos a la prueba indiciaria por su menor exigencia probatoria.

Ahora bien, al igual que la prueba de las causales subjetivas, la de las objetivas no puede traducirse en una carga intolerable para la defensa, de modo que sea esta a quien corresponda acreditar dicha causal, sino que la aportación de las pruebas

hechos. (...) en principio son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos; y ello tal vez contribuya a que también el grado de certeza de los enunciados sobre hechos psicológicos sea tendencialmente menor que el de los enunciados sobre hechos externos " GASCÓN, Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, 2004, p. 76.

79 "No es cierto que sea imposible probar una hipótesis negativa. Cuando la defensa alega que actuó amparado en una causal eximente, no es cierto que la fiscalía no pueda probar que los requisitos constitutivos de una causal no existieron" LAUDAN, 2008, p. 12

deberá atender tanto al principio de presunción de inocencia, como a la estructura de los ordenamientos jurídicos que sirven de marco al presente estudio.

Sea lo primero recordar que la prueba indiciaria es aquella prueba indirecta que se construye a través de hechos indicadores que se conectan con un hecho concreto a través de un nexo lógico o causal, del que se pueda deducir con probabilidad el hecho probado⁸⁰. En el CPCol vigente no se habla de indicios, como ocurría en la anterior regulación (Ley 600 de 2000), pues se entiende que no es suficiente para soportar la responsabilidad penal de un sujeto. Esta afirmación no carece de fundamentos y es compatible con el EdP de MATDR, pero es importante aclarar que los indicios en este caso sirven para crear una duda razonable, y no para fundamentar la responsabilidad penal de un individuo.

Varios ordenamientos jurídicos entre ellos el español y el colombiano, incorporan excepciones en las cargas de la prueba a favor de la defensa, específicamente en el caso de la legítima defensa, en donde a través de la presunción de “legítima defensa privilegiada”, se presume la existencia de la legítima defensa cuando se logre demostrar que el agresor penetró indebidamente en el lugar de habitación agredido⁸¹.

Es cierto que las presunciones son una forma idónea de distribuir las cargas de la prueba, sin embargo son múltiples las causales eximentes, y las circunstancias en que pueden presentarse son de tan distintas entidades que resultaría legislativamente engorroso incorporar para cada causal las presunciones. Es por ello que los indicios aparecen como un mecanismo simplificador para probar, pero adicionalmente permiten que se incorporen más supuestos de hecho.

Puede ocurrir que los hechos indicadores estén probados en el proceso por la acusación, toda vez que hay un tronco común probatorio. Sin embargo, lo problemático resulta cuando en el proceso no se aportan pruebas de los hechos indicadores. En este caso corresponde a la defensa la carga de alegar la existencia de una causal eximente, pero su prueba no le corresponde, acá habrá que hacer una distinción.

El ordenamiento jurídico español permite que, excepcionalmente, se practiquen pruebas de oficio en la etapa de juicio oral que es tendencialmente acusatoria (art.

80 La jurisprudencia española habla de la prueba indiciaria como aquella que se dirige a demostrar la certeza de algunos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación pero de los que a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, puede inferirse dichos hechos y la participación del acusado,. Ver S.T.S 11.9.81. Sin embargo renunciamos a la búsqueda de la certeza por un lado, como se analizó en el primer capítulo, pero además entendemos que los indicios no están dirigidos a probar la responsabilidad del acusado sino a desvirtuar la misma.

81 Algunos ordenamientos son: Colombia (art. 32-6), España (20-4.1), Francia (article 122-6 Code Pénal), EEUU (§ 3.04 MPC).

729.2 LECrim). Según este artículo, el juez puede participar de forma activa en el esclarecimiento de los hechos, sin que pueda modificar o introducir hechos distintos a los alegados por las partes. En este sentido la carga de alegar que tiene la defensa resulta tolerable.

Para el caso colombiano esta opción resulta más problemática puesto que el art. 361 del CPP incorpora la expresa prohibición de decretar pruebas de oficio, de modo que, salvo que sea a través de una excepción de inconstitucionalidad (24468, 2006), el juez no podrá intervenir activamente en el decreto o práctica de pruebas. Es por esto que para el caso colombiano, la alternativa es trasladar nuevamente la carga de la prueba de los hechos alegados por la defensa, al ente acusador.

No es imposible su prueba, tal y como quedó visto en el apartado anterior, de modo que la consecuencia jurídica ante la falta de prueba no es otra que la de asumir, como duda razonable, la hipótesis eximente alegada por la defensa, que a efectos prácticos podría equipararse con la prueba de la eximente, aunque epistemológicamente no sea precisa esta afirmación.

5. Conclusiones

La búsqueda de la verdad en el proceso penal seguirá siendo objeto de intensos debates, esto obedece principalmente a dos motivos: en primer lugar, el proceso judicial tiene límites estructurales que dificultan su capacidad en la búsqueda de la verdad; y, en segundo lugar, aquellos límites estructurales deben ser cuidadosamente observados en la medida en que existan para salvaguardar fines garantistas.

Por lo anterior podemos afirmar que los fines no epistemológicos del proceso penal –siempre que se refieran a los derechos de los procesados–, deberán tener prevalencia sobre los fines epistemológicos; de otro modo, la existencia misma del proceso penal adolecería de profundos problemas de legitimidad.

En este orden de ideas, es que los ordenamientos jurídicos occidentales –en su mayoría–, adoptan un EdP riguroso y consecuente con el principio de presunción de inocencia. Para los casos español y colombiano, este estándar es el de MATDR. Esto significa que ninguna persona podrá ser declarada culpable, salvo que, mediante un proceso judicial legalmente practicado, se llegue a un convencimiento más allá de toda duda razonable, de su responsabilidad penal.

Sin embargo, existen unos casos que desafían los límites de la presunción de inocencia y que invierten claramente las cargas de la prueba en el proceso penal; estos son los casos en los que está presente una eximente de responsabilidad penal, o los también conocidos casos de defensas afirmativas. En estos eventos se exige

que el acusado –de quien en principio se presume su inocencia– sea quien tenga que desvirtuar la acusación que contra él se hace, alegando y demostrando que su conducta está amparada por el derecho.

Esto lleva a decir que ante dos casos de homicidio doloso –por ejemplo-, quien no alega una eximente de responsabilidad penal, tiene a su favor los vacíos probatorios de su contraparte, frente a los que puede ampararse en ausencia de prueba para solicitar la absolución; mientras que un acusado que alegue que su actuar estuvo amparado en una legítima defensa –para seguir con el ejemplo-, debe demostrar la existencia de la eximente, so pena de que su pretensión pierda frente a la de la acusación, que pudo por otro lado, no alcanzar el EdP exigido.

El mensaje político criminal que supone esta disparidad de criterios, es el de asumir que condenar erróneamente a una persona que verdaderamente alega una eximente, es igual o menos grave que absolver erróneamente a quien falsamente la alega. El problema no es tanto de sopesar los costos de cada uno de estos errores, sino más bien, ser consciente de la falta de legitimidad que supone condenar erróneamente a quien actúa conforme a derecho.

Esto obedece a que las eximentes de responsabilidad penal, atienden a criterios de justicia; en este sentido, se abstiene el ordenamiento jurídico de usar el aparato punitivo cuando considera que un sujeto actuó bajo unas circunstancias que lo exoneran de reproche. Estas causales pueden ser de dos tipos: por un lado las subjetivas que atienden al fuero interno de quien se pretende eximir; y las causales objetivas que se remiten a circunstancias externas al sujeto que permiten la configuración de dicha causal. Esta clasificación atiende estrictamente a criterios probatorios, más que dogmáticos.

La prueba de las eximentes no se puede trasladar a la defensa, sino que esta deberá apenas alegar la existencia de una causal, o asumir la carga de alegar, significa esto simplemente, que corresponde a la defensa “poner sobre la mesa” una hipótesis explicativa de los hechos. En cuanto a su prueba se refiere, podrá acudir a mecanismos como los indicios, que permiten probar las causales objetivas –por parte de la acusación en Colombia, y de la judicatura en España -; frente a las causales subjetivas la carga de probar corresponde a la acusación, quien, en todo caso, debe demostrar todos los elementos que componen la responsabilidad penal, incluyendo la ausencia de eximentes.

El esfuerzo probatorio de las eximentes de responsabilidad no se equipara en ningún caso al de la acusación. Mientras que esta última debe demostrar la responsabilidad del sujeto MATDR, la prueba de la eximente –e inclusive de otras hipótesis absolutorias– debe mínimamente alcanzar una duda razonable, es decir,

presentar una explicación narrativamente consistente, que sea coherente con las pruebas del proceso y que nos las contradiga.

La consecuencia jurídica de no alegar la existencia de causales eximentes será que estas no sean consideradas como hipótesis explicativas de los hechos, lo que puede redundar en una sentencia condenatoria –si la acusación alcanza el EdP exigido–; mientras que frente a una eximente alegada pero no probada, la consecuencia jurídica no puede ser otra que entender la eximente como constitutiva de una duda razonable, que impide que prospere la acusación. A efectos prácticos podría decirse que se da por probada la eximente de responsabilidad cuando se logre crear una duda razonable, aunque epistemológicamente pueda resultar imprecisa.

Bibliografía

- AGUDELO, N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Temis.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de estudios constitucionales.
- ALLEN, R. (1998). Truth and its Rivals. *The Goals of Evidence Law*. California: University of California.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1996). Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. *Cuadernos de Derecho judicial* .
- BUNGE, M. (2002). *Las ciencias sociales en discusión*. Argentina: Sudamericana.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J., & Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. España: Trotta.
- CASSIRER, E. (1943). *Filosofía de la ilustración*. Madrid: Fondo de cultura económica.
- CUERDA RIEZU, A. (2014). La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación? . *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 18.
- DE PAÚL VELASCO, J. M. (1999). Instrucciones al jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica. *Manuales de formación continuada* , 203-270.
- DERSHOWITZ, A. M. (1997). *Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J Simpson Case*. Nueva York: Touchstone.
- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: lustel.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). Los Estándares de Prueba en el Proceso Penal Español. *Cuadernos de filosofía del Derecho*.

- FOUCAULT, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- GASCÓN, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Macial Pons.
- GASCÓN, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* (28), 127139.
- GOLDSCHMIDT, J. (1961). *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- In re Winship, 397 (Corte Suprema de Estados Unidos 1970).
- LARRAURI, E. (2015). Antecedentes penales. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad* , 153-159.
- LAUDAN, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- LAUDAN, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- LAUDAN, L. (28 de Julio de 2008). *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*. Retrieved 5 de 1 de 2016 from Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1183363
- LEVY, J. (2013). A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials. *American Journal of Criminal Law* .
- LOPERA, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa* , 211-243.
- MACCORMICK, N. (1980). The coherence of a case and the reasonableness of doubt. *Liverpool Law Review* , 45-50.
- MAIER, J. (1999). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- MUÑOZ CONDE, F. (1998). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Lección Inaugural* , 1-56. Sevilla, España: Universidad Pablo de Olavide.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Vol. 1). Madrid: Civitas.
- SANDOVAL, J. (2003). Causales de ausencia de responsabilidad penal. *Revista de Derecho* , 1-18.
- SOTOMAYOR, J. O. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., & CANDAU PÉREZ, A. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- The Innocence Project*. (n.d.). Retrieved Agosto de 2015 from <http://www.innocenceproject.org/>
- VÁSQUEZ, C. (Ed.). (2013). *Estándar de prueba y prueba científica*. Madrid: Macial Pons.

Jurisprudencia

Española

SSTC 124, 124 (Supremo Tribunal Constitucional 4 de junio de 2001).

SSTC 138, 138 (Supremo Tribunal Constitucional 13 de octubre de 1992).

STC 185, 185 (Supremo Tribunal Constitucional 6 de noviembre de 2014).

Colombiana

C-578 (Corte Constitucional 30 de julio de 2002).

24468 (CSJ 30 de marzo de 2006).

C-060, 060 (Corte Constitucional 30 de enero de 2008).

C-416, 416 (Corte Constitucional 28 de mayo de 2002).

C-828, 828 (Corte Constitucional 20 de octubre de 2010).

C-121, 121 (Corte Constitucional 2012).

Otra

In re Winship, 397 (Corte Suprema de Estados Unidos 1970).