

De lo legítimamente presumible y dubitable en el discurso y la praxis jurídico-penal

Una reivindicación de la ética del discurso y del régimen
de la prueba jurídico-penal en el Estado constitucional*

Roberth Uribe**

“(...) ¿cómo sé que alguien duda? ¿Cómo sé que utiliza las palabras “Lo dudo” del mismo modo que yo?.

“Actúo con *completa* certeza. Pero esta certeza es precisamente la mía.

“¿No es difícil distinguir entre los casos en que *no* puedo equivocarme y aquellos en los que *es difícil* que me equivoque?. ¿Está siempre claro a cuál de ellos pertenece un caso concreto? Creo que no. ...”¹.

“Dejemos *lo extraño* de imponer a una persona, que *debe* presumirse inocente, la carga de probar su propia inocencia. ...”².

* Comentario a la resolución de la Fiscalía Quinta Delegada ante el TS de Medellín (Fiscal Dr. Omar David Tapias), de 28 de octubre de 2003.

** Abogado de la U. de Antioquia, Medellín.

¹ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*. Compilado por Elizabeth Anscombe y Georg Henrik von Wright. Traducción de Josep Prades y Vincent Raga. Gedisa, Barcelona, 2000, Notas 127, 174 y 673; resaltados originales del texto.

² ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Traducción de Adolfo Posada, Madrid, Reus, 1968, p. 29; destacados añadidos.

Introducción

Entre los múltiples discursos judiciales paranormativos que se suscitan en contextos sociopolíticos austeros en cultura institucional y científica, como el colombiano, adquiere cada vez más adeptos el que postula la tesis relativa a la validez de la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal cuando el objeto y el tema de prueba recaen sobre una eximente de responsabilidad afirmada por el sujeto pasivo de la persecución punitiva: “quien afirma –entonces– la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal, en terminología del legislador penal colombiano, debe probar ésta” (!)³.

Fue ese el planteamiento plasmado en la Resolución que fuera objeto de revocatoria por la que es materia de análisis en este comentario, cuya justificación es la censura a esa pervertida forma de pensar y de actuar, las cuales subyacen a la, para algunos –tal vez muchos–, “generosidad” de los regímenes político-penales personalistas, y de sus discursos justificatorios, en tanto constitutivos de criterios de contención del ejercicio descontrolado y arbitrario del poder estatal sobre los ciudadanos, de un lado, y de direccionamiento correcto de la actividad político institucional, de otro.

Hace más decadente el estado de cosas, el que el enfoque personalista del *ius puniendi* represente para los partidarios de la referida concepción, a más de un lastre –en todo caso “superable” bajo esa lógica– para la “eficacia” o mejor “eficiencia” de los sistemas de control social –y, con ello, de garantía de inmutabilidad del absurdo estado de cosas de sustitución de la *res pública* como idea constitutiva de la civilidad contemporánea, por la prevalencia de los intereses de grupo(s) políticos dominante(s) en que terminan siendo deformados en los contextos autoritarios tanto el poder estatal como su discurso justificatorio–, un peso moral que les impele a implementar sus propios métodos

hermenéutico-discursivos y prácticas de superación de los obstáculos en que terminan siendo vistas las normas que estatuyen esas históricas y garantes instituciones del metadiscurso de la dignidad humana como fundamento y referente de lo legítimo contemporáneo.

Vinculado precisamente a esa situación se encuentra el motivo que concita la selección de la providencia objeto de este comentario, remarcada por la función restaurativa de la legitimidad del poder punitivo estatal por ella representada, y que fuera socavada con la decisión que mediante ella se dejara ineficaz, como habrá de verse. Creo que no genera mucha resistencia aceptar que la mayor o menor eficacia de las instituciones político-normativas y de los discursos que las justifican, especialmente de los jurídico-políticos, entre otros múltiples factores, depende en gran medida de uno en especial: la capacidad y responsabilidad morales de quienes fungen como sujetos institucionales de intermediación de los discursos y las normas como instrumentos de poder ante la sociedad que los instituye. Sin esas virtudes –recurriendo al lenguaje de la filosofía moral socrática–; sin un actuar ético o moralmente correcto en términos del discurso moral práctico del neoformalismo deontológico –planteado ahora en una terminología filosófico-moral más contemporánea–, esas instituciones que la historia y la cultura de la civilización han legado a la humanidad, por más que se encuentren positivizadas; por más que se reivindicquen en los espacios académicos conscientes del sentido, fundamento y función del pensamiento y la academia, serán letra muerta e inicuo contrapeso de las perversiones y abusos del poder estatal.

Como desde ya puede advertirse, dentro de los muchos enfoques en que podría encararse el análisis de la Resolución en comento, el de su valor ético es el que se recaba. De allí que sea esa, fundamentalmente, la perspectiva analítica a derrotar. En efecto, la misma apunta a una revisión reivindicativa de la ética del discurso⁴ y del régimen de

³ Ello no obstante la existencia de diversas proposiciones jurídicas, tanto en el derecho interno colombiano, como en el Internacional, que establecen un régimen punitivo de orientación personalista, con asignación de la carga de la prueba penal al Estado como titular de la potestad sancionatoria.

⁴ El concepto “ética del discurso” no alude, en este caso, tanto al sentido más convencional de la corriente filosófica de Frankfurt, en que ha sido difundido, esto es, a la concepción de la ética como producto de la acción comunicativa dialogal como forma de consenso social; atiende, más bien, sin ser por ello

integración procesal y valoración judicial de la prueba jurídico-penal en el marco justificatorio propio del modelo de organización sociopolítica de civilidad contemporáneo que conocemos como Estado constitucional, al que se adscribe el sistema colombiano, por lo menos en su dimensión analítica normativo-prescriptiva, que es, entre otras cosas, la nuestra, en tanto no se trata éste de un trabajo de orientación metódica socioempírica, propio de la ética sociológica o de la sociología jurídica, tanto como de uno adscripto al nivel de análisis justificatorio de la ética y la política normativas. Comentario que se justifica, por demás, en el deber ciudadano de control civil de las decisiones judiciales, las cuales, a su vez, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser motivadas conforme al sistema jurídico vigente⁵, que se deriva del principio de soberanía democrática, del que aquél es depositario^{6,7}.

incompatible con la anterior, a la idea del valor moral de un discurso político-penal como del derecho penal personalista-garantista, en otros términos, del discurso liberal penal, como discurso ético (al que se puede llegar tanto desde un procedimiento de deliberación discursivo-argumentativa, esto es, desde una aproximación ética comunicativa, como desde un enfoque ético no formalista procedimentalista).

⁵ "... la motivación de las sentencias debe, necesariamente, atender al sistema de fuentes normativas, esto es, tiene que fundarse en Derecho. La tutela judicial efectiva entraña, como presupuesto implícito inexcusable, el deber de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y atendiendo al sistema de fuentes establecido ...". Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch editor, 1997, p. 62.

⁶ "Tomarse la ocupación de leer con mirada crítica el texto (...) de una sentencia no es una malsana curiosidad propia de entrometidos, sino un saludable ejercicio de responsabilidad democrática. ...", afirma IGARTUA SALAVERRIA, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta, 1999, p. 13.

⁷ Respecto al tema de las finalidades de la motivación de las decisiones judiciales, es interesante la tipología que delimita PICÓ: "(...) a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; b) Hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su

A ese respecto, valga decirlo, es bien plausible, por su rectitud discursiva, la argumentación contenida en la providencia comentada, denotativa de un serio compromiso con la validez deontológica del discurso del poder penal del Estado constitucional, así como de una actitud de responsabilidad frente a la función de garantía de que es destinatario, con respecto al Derecho vigente, el Poder Judicial, como contrapoder, en dicho régimen de organización sociopolítica, a través de esa sucesión de juicios de valor racional prácticos de las relaciones sociales y los procesos de comunicación intersubjetiva con que obtiene operatividad el Derecho, de quien la suscribe; esto en contraste con la que fuera objeto de revocatoria, de un déficit justificatorio democrático tal ante el que sólo queda por plantear que por fortuna su inoperatividad significó la restauración de los valores de la dignidad humana y la seguridad jurídica.

Con esas precisiones introductorias resta decir que despuntan como aspectos relevantes de la providencia comentada, los siguientes:

1. El discurso de la prueba procesal y su régimen en el sistema de persecución penal del Estado constitucional

1.1 Prueba y verdad procesales penales

Instrumento de la heterocomposición civilizada de los conflictos intersubjetivos es el proceso jurisdiccional, más aún cuando dichos conflictos involucran intereses interpersonales de trascendencia ético-pública, esto es, de vital importancia para la existencia del sistema sociopolítico y sus instituciones de civilidad, aspecto característico de la definición y delimitación de los objetos de protección jurídico-penal y, con ello, de la potestad punitiva estatal. Al proceso se le suelen reputar tres misiones hacia las cuales se instrumentaliza: jurídica (instrumento de la realización del derecho fundamental); política (instrumento de

contenido; y d) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos. ...". Cfr. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales en el proceso*, p. 64.

garantía de los derechos de las partes titulares del conflicto) y social (instrumento de la civilidad y la convivencia pacífica)⁸.

El fundamento de la impulsión del proceso es la existencia de uno o varios acontecimientos, a los que comúnmente denominamos "hechos", que en el caso del derecho punitivo hacen relación, *prima facie*, con su contenido desvalorativo social por su connotación dañosa de los bienes jurídicos erigidos como intereses sociales de relevancia penal. La demostración y argumentación de los aspectos relacionados con la existencia e interpretación, respectivamente, de dichos hechos es materia de la llamada "prueba" jurídica, que es el procedimiento de carácter epistemológico empírico-jurídico a través del cual obtenemos criterios de veracidad y validez respecto de los enunciados acerca de la existencia y valoración normativa de un hecho jurídico, que a su vez inciden en la construcción de las proposiciones normativas con las cuales se resuelve jurídicamente el conflicto objeto del proceso.

Lo anterior significa que el proceso, en el aspecto de corroboración de la veracidad del acaecimiento de los hechos jurídicamente regulados, precisa de la formulación, tanto normativa como discursiva, de una concepción de la racionalidad fáctica o, cuando menos, de los niveles de facticidad que la resolución judicial de los conflictos implica. Son variadas las concepciones de la racionalidad procesal en el punto de los hechos. La más difundida en la tradición continental europea, por lo menos hasta la última década del Siglo XX, fue la que definió el concepto de certeza o verdad procesal a la manera subjetivista del "grado de convicción" (más o menos íntima, dependiendo del grado de subjetivismo epistémico postulado) que respecto a la existencia de un hecho jurídicamente relevante obtenía un operador jurídico. Recientemente, en contraste con dicha posición, se ha planteado una concepción procesal-normativa de la racionalidad epistémica, esto es, que extracta de la intimidad del juez el conocimiento de la veracidad de la existencia de los hechos jurídicos para integrarlos a un concepto

de certeza en sentido epistémico-normativo —no como verdad, evidencia o convicción personal—: certeza *razonable* (la motivación correcta acerca de la existencia de los hechos depende no sólo de consideraciones o juicios empíricos sino también de juicios normativos⁹)¹⁰.

Parece que no es posible una verdad absoluta, en ninguno de los ámbitos del conocimiento, menos aún en el del proceso jurisdiccional. Más que por el asentamiento de un concepto de verdad, es útil preguntarse por los usos de dicho concepto¹¹ y, en concreto, por su uso jurídico-procesal. En esa medida el predicado de certeza o veracidad de un hecho (jurídico-procesal) está adscrito ontológicamente a un juicio de probabilidad, que por mucho podrá ser de alto nivel ("alta probabilidad estadística", siguiendo la conocida fórmula de Heisenberg), pero no de certeza absoluta, infalible. Así, siempre habrá un margen de duda que afrontar al conocer un dato fáctico de los que llamamos "hechos". Esta situación de dubitabilidad ontológica de los hechos —tal vez no sólo de los jurídicos— se acrecienta por las particularidades cognoscitivas de los hechos en el proceso, en el que

⁹ "Hablando de "realidad" y de "verdad", no se quiere contraponer a la determinación de la responsabilidad en el proceso, un conocimiento entendido naturalísticamente. Se quiere más bien señalar la diferencia entre una manera más profunda de construir y de interpretar los conflictos al interior de un concepto amplio de *situación* que abarca potencialmente a todo el sistema social". Cf. BARATTA, Alessandro. "La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal". *Doxa*, Nro. 5, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 279.

¹⁰ Representativos de esa dirección son Taruffo, Andrés Ibáñez, Gascón Abellán, González Lagier, Ferrer Beltrán, Mendonca, entre otros.

¹¹ Ya lo decía Austin: "... 'verdad' misma es un nombre abstracto, es decir, un camello de una construcción lógica, que no puede pasar por el ojo siquiera de un gramático. Nos acercamos a ella gorro y categorías en mano: nos preguntamos si la Verdad es una sustancia (la Verdad, el Cuerpo del Conocimiento), o una cualidad (algo como el color rojo, que inhiere en las verdades), o una relación ('correspondencia'). Pero los filósofos deberían enfrentarse con algo más a su medida para esforzarse con ello. Lo que más bien necesita discusión es el uso, o ciertos usos, de la palabra 'verdadero'. *In vino*, posiblemente, '*veritas*', pero en un sobrio simposio '*verum*'. ...". Cf. AUSTIN, J.L. *Ensayos filosóficos*, Traducción de Alfonso García Suárez, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1975, p. 119.

⁸ Ver al respecto, por todos, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Unam, 1991, pp. 233-234.

media un razonamiento de inferencia inductiva respecto a sucesos pasados: el proceso como construcción de una verdad de los hechos jurídicamente relevantes es un juicio reconstructivo *ex post*¹².

Por ello, la verdad procesal acerca de los hechos exige un trabajo dialéctico de control racional tanto de carácter epistémico como normativo. En el primero de los sentidos, al exigir una concepción empírico-interpretativa de la realidad (objetivismo crítico¹³, según una muy atinada denominación), que lleva a admitir la existencia de hechos tanto externos como hechos-interpretaciones. En el segundo, por su parte, fijando criterios de valoración de los hechos y roles para los participantes del proceso respecto a su(s) aporte(s) al conocimiento y acreditación de los hechos jurídico-procesalmente relevantes.

1.2 Técnicas de prueba y principios probatorios

a. Técnicas de prueba y verdad procesal (hechos probados): hechos notorios, presuntos y dudosos

La construcción de la verdad acerca de los (enunciados sobre) hechos que constituyen la base del conflicto a cuya resolución se encamina el proceso cuenta con diversas técnicas, entre las cuales se encuentra la clasificación de dichos (enunciados sobre) hechos en niveles conceptuales; dicho en otros términos, la clasificación de la facticidad jurídico-procesal, en los niveles de i) los hechos notorios; ii) los hechos presumidos o presunciones y iii) los hechos dudosos, entre otros. Todos son formas y/o medios de prueba de los hechos del proceso; criterios racional-epistémicos (empíricos y normativos) regulativos de la verdad procesal y *de su construcción* por los sujetos del proceso; por el auditorio procesal.

¹² Cf. IGARTUA, *El caso Marey*, pp. 35 ss.

¹³ Concepción epistemológica de la prueba para la que "(...) existen hechos independientes que podemos conocer, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo ...". Cfr. GASCON ABELLAN, Marina, "Sobre la racionalidad de la prueba judicial", en *Analisi e diritto. Prossi giuridico e controllo di razionalità*. A cura di Lucio Triolo, Torino, Giappichelli, 2001, p. 100.

La certeza acerca de la existencia de un hecho jurídico, es un *juicio* falible que imbrica cuestiones de racionalidad tanto fáctica como jurídica; tanto de carácter demostrativo como argumentativo; tanto del contexto de descubrimiento como del de justificación. Es certeza relativa.

En el proceso penal, dos formas específicas o modalidades de esa regulación de la facticidad, concretamente de los hechos presuntos y de los hechos dudosos, las constituyen los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Más que constituir criterios de racionalidad empírica de la prueba de la existencia de los hechos, estos principios representan cláusulas normativas de construcción de la verdad procesal: en el Estado constitucional, por su fundamentación personalista, la construcción del juicio de certeza respecto de la existencia de los hechos; la valoración de los medios de prueba exige, *a priori*, presumir el estado o situación de inocencia (irresponsabilidad) del sindicado, que debe ser desvirtuado mediante medios de prueba legales, regular y oportunamente integrados al proceso, de un lado. De otro, partiendo de la falibilidad y otras limitaciones que la comprobación de lo fáctico suscita, a esa presunción se suma el principio *del in dubio pro reo* o la duda razonable favorable, según el cual cuando las limitaciones ontológicas de prueba de un hecho se hacen insuperables en el proceso, esa situación debe entenderse favorable al procesado, dando por no probado el hecho investigado que le sea desfavorable o por probado el que lo favorezca y no haya sido desvirtuado.

Quien se presume inocente sólo puede ser declarado culpable a condición de que sea desvirtuado el hecho presumido de su inocencia a través de la integración al proceso de medios legales de prueba de la responsabilidad penal, siempre y cuando no medie ninguna situación que genere duda razonable al respecto, sería la formulación dialéctica de los criterios antedichos. Si existe ese margen ópticamente dubitable de los hechos, la vocación personalista del poder punitivo democrático privilegia la condición de dignidad del ser humano como fundamento del Estado, manteniendo la eficacia de la presunción de inocencia al regular como falta de prueba de la responsabilidad los supuestos de duda razonable.

b. Actividad probatoria y asignación de roles probatorios: Onus probandi penal

En esa medida, bajo tal regulación de las formas de *constructio* de la verdad procesal¹⁴, tiene sentido establecer que quien tiene la titularidad de la potestad punitiva, el Estado, tenga a su cargo la actividad probatoria de desvirtuar el hecho presunto de la inocencia del sujeto pasivo de la persecución penal, a través de medios de prueba que no den lugar a juicios de duda razonable acerca de los hechos objeto de prueba. La prueba –el trabajo probatorio– de certeza (relativa) de la existencia de los hechos jurídico-procesales corresponde, en un régimen político-penal democrático, al titular de la pretensión punitiva; es un criterio de legitimidad del poder punitivo del Estado; es una regla moral acerca de cuál es el tipo de verdad procesal que tiene raseros de legitimidad.

Sólo a través de una labor probatoria activa dentro del escenario del proceso, por el Estado, que permita el uso de medios de prueba válidos (en el sentido de regulares, oportunos y legales), y la formulación de juicios racionales respecto de los hechos procesales relevantes, en las que concurren criterios de rectitud ético-pública de los sujetos del poder penal estatal, es legítima, en un modelo democrático-constitucional, la valoración como cierto o veraz de un hecho jurídico procesal objeto de persecución punitiva.

¹⁴ La "verdad" de los hechos que surge del proceso judicial no es una verdad de correspondencia empírica con la "realidad"; es, en cualquier caso, una construcción dialogal, producto de la deliberación procesal originada de los medios de prueba que se integran al proceso. Sobre ese aspecto específico, BARATTA plantea una interesante analogía de la construcción de la verdad procesal, que es un artificio, con la que hacen los actores de un drama en el escenario del teatro, con miras a reducir los costos que para los fundamentos de la democracia suele tener una concepción realista de la verdad procesal: "Ningún trabajo de construcción jurídica puede pretender hacer *judiciable* lo real para hacer coincidir la verdad procesal con la verdad científica.

"Para evitar que la construcción artificial de la realidad en el proceso penal traiga más consecuencias, todavía más negativas sobre la realidad misma, o sea, sobre la existencia del individuo y sobre la sociedad; o al menos para limitar las consecuencias negativas, la única posibilidad es, por el momento, que los actores implicados en el drama procesal, especialmente los juristas, adquieran y desarrollen una conciencia adecuada sobre la distancia que separa el artefacto jurídico de la realidad. ...". Víd. BARATTA. "La vida y el laboratorio del derecho", p. 285.

2. Sentido axiológico y función epistémica de los principios probatorios de la presunción de inocencia y la duda razonable favorable

De esta manera el derecho a la prueba forma parte del contenido directo del derecho de defensa e indirecto del metaderecho al debido proceso (o persecución penal correcta), de cuyo núcleo aquél forma parte¹⁵. El derecho a la prueba como elemento del debido proceso, esto es, como factor determinante en la catalogación de una actividad de persecución penal como legítima, en el marco de un Estado constitucional, contiene cuatro elementos definitorios principales, sin los cuales dicho derecho y su eficacia se ven menoscabados, y la actividad punitiva estatal alterada su legitimidad. Son ellos¹⁶: i) *el derecho de las partes a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*¹⁷; ii) *derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso*¹⁸; iii) *derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*¹⁹, y iv) *derecho a la obligatoria motivación de las decisiones judiciales*²⁰.

¹⁵ Sobre el debido proceso como "metaderecho fundamental" puede consultarse a CALLE CALDERON, Armando Luis, "Bases político-constitucionales para la fundamentación del debido proceso", *Nuevo Foro Penal*, No. 63, Bogotá, Temis/Udea, 2001, passim.

¹⁶ Esta caracterización puede consultarse en FERRER BELTRÁN, Jordi, "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *Jueces para la Democracia*, No. 47, Madrid, julio de 2003, pp. 28-30.

¹⁷ Inclusive del derecho a controvertir por irregulares, inoportunos o inválidos (ilegales) los medios de prueba desfavorables.

¹⁸ En el proceso penal este elemento tiene directa relación con la asignación de la carga de la prueba: en relación con la demostración de la racionalidad de la pretensión punitiva, es al Estado al que corresponde la realización del trabajo probatorio; no a los sujetos procesales, ni al generador de la *noticia criminis*.

¹⁹ Vinculante de las reglas y directrices lógicas y axiológicas que implican la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

²⁰ La delimitación de estos cuatro elementos puede consultarse en FERRER BELTRAN, Jordi, "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *Jueces para la democracia*, No. 47, Madrid, julio de 2003, pp. 28-29.

En tanto esta prerrogativa subjetiva de los destinatarios del Poder Judicial forma parte, por lo dicho, de la estructura básica del debido proceso, la vulneración de cualquiera de los mencionados elementos del derecho a la prueba, a más de constituir una directa infracción de los derechos de defensa y de acceso a la jurisdicción, hace indebido, incorrecto, inmoral o antiético el proceso judicial en que el desconocimiento de esos elementos se suscite.

Del derecho a la prueba, del derecho al debido proceso y, con ello, de la dimensión de corrección deontológica que debe orientar la actividad de control social formal, forman parte los principios probatorios de la presunción de inocencia y la duda razonable favorable al sindicado. Ellos funcionan como cláusulas *normativas*, concretamente como criterios de corrección moral de la práctica y la valoración probatoria procesales. Su confluencia en la construcción lógica y axiológica de la certeza de los hechos procesales es un elemento insoslayable del procesamiento moralmente recto o sin tachas ético-públicas que está ligado a la organización sociopolítica democrática.

2.1 El principio de la presunción de inocencia

Las presunciones²¹, cuyo fundamento es el sentido común jurídicamente denominado “reglas de la experiencia”, son medios de obtención del juicio de certeza, junto con los medios de prueba. Como afirma Parra, “En relación con el conocimiento, quien presume es quien toma anticipadamente como sabido aquello que desconoce....”²².

La presunción de inocencia no es un criterio psicológico sino *jurídico* –normativo– desde la perspectiva de las dimensiones del juicio de certeza²³. Ella tiene el estatus de ser una presunción legal de la situación

de inocencia que acompaña a quien es sujeto pasivo de la persecución punitiva estatal que se efectúa mediante el proceso jurisdiccional, durante todo el trasunto de éste, hasta la valoración de la responsabilidad en la sentencia²⁴, en la que se pondera la existencia de prueba que desvirtúe el estado de inocencia objeto de presunción. Con la presunción de inocencia como principio de la persecución penal, y en esa medida como fundamento de la misma, se salvaguarda el derecho fundamental a un proceso penal correcto, más conocido como debido proceso²⁵.

En efecto, el proceso penal es debido o correcto, en términos de legitimidad democrática, si la declaración de responsabilidad penal se funda en la prueba de la culpabilidad (en sentido general) del procesado, frente a la cual se debe mantener como extremo dialéctico de valoración la posibilidad –epistémicamente presumible y normativamente presumida– de que éste sea inocente. Debe probarse, entonces, a través de medios intachables en su operatividad (legales, regulares y oportunos), sin márgenes razonables de duda al respecto, que quien es considerado *prima facie* inocente, no lo es, dado que ha realizado aquel o aquellos hechos comportamentales desvalorados en los tipos como ilícitos penales. Esta debe ser una valoración racional, esto es, sometida a

dos funciones bastante menos controlables: para asignar la *carga* de la prueba al acusador (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado) y para fijar el *quantum* de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable). Nada obsta, por tanto, a que un juzgador contemporáneamente absuelva al acusado (por entender que han faltado pruebas suficientemente contundentes para enervar la “presunción de inocencia”) pero en su fuero interno estime más verosímil la hipótesis contraria (la culpabilidad del acusado). E, igualmente, nada impide mantener la presunción (psicológica) sobre la inocencia de alguien pese a que un tribunal haya decidido autoritativamente (jurídicamente) tener por destruida tal presunción. ...”. *Ibidem*, pp. 17-18.

²⁴ De allí la problemática legitimidad de la detención preventiva, difícilmente justificable en un régimen que establezca la presunción de inocencia.

²⁵ Por ello es válido que se diga que “La vulneración de la presunción de inocencia, aunque puede conllevar a un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio (vicio *in procedendo*) implica, de suyo, una violación de la ley constitucional (vicio *in iudicando*). ...”. Cf. VIVES. *La libertad como pretexto*, pp. 255.

²¹ “La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. ...” Artículo 1584 del Código Civil Colombiano.

²² PARRA QUIJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Tomo IV, Bogotá, Librería del profesional, 1990, p. 75.

²³ Cf. IGARTUA, *El caso Marey*, pp. 17, quien al respecto señala: “En la esfera procesal (jurídica) la “presunción de inocencia” no sirve para expresar el convencimiento del juez sobre la inocencia del acusado, sino para al menos,

controles de carácter epistemológico –la correspondencia de la prueba procesal y los hechos– y normativo –la rectitud de la práctica probatoria y la razonabilidad de la valoración de la prueba, en términos de no injerencia del capricho o la pura arbitrariedad –, que sea el producto del análisis de las distintas posibilidades de explicación de los sucesos y las acciones relevantes al proceso, y la más óptima adaptación de ellas a las cláusulas normativas de la prueba procesal penal.

El procesado, en tal virtud, carece de carga probatoria alguna, dado que, a más de que no debe por supuesto probar lo que le desfavorece, tampoco tiene por qué entrar a probar lo que en su favor se presume. En su defensa bastará la invocación de la no derrusión de la presunción por quien tiene la carga de ella. De esta forma, la presunción de inocencia a más de constituir un principio del derecho a la prueba, se integra así al espectro conceptual del derecho de defensa. De esta forma, el desconocimiento de la presunción de inocencia derivado de la inversión de la carga de la prueba²⁶ constituye una infracción de la prohibición de indefensión como contenido negativo de la garantía constitucional de defensa²⁷. Por supuesto, también, una vulneración al debido proceso, esto es, al procesamiento penal legítimo; a la persecución penal deontológicamente correcta.

2.2 El principio del *in dubio pro reo*

Siendo ontológica la dubitabilidad de los hechos (jurídico-procesales), el proceso de prueba de éstos llevado a cabo en el procedimiento de persecución penal se enfrenta entonces con la posibilidad de imprueba de aquellos, en términos de la certeza –como alta probabilidad–. De allí que en un régimen democrático la imposibilidad –óntico-jurídica– de prueba de la “certeza” de los hechos conductuales punibles se regula favoreciendo los intereses del sujeto

²⁶ En contra de esta tesis, también, PARRA, Tratado, T. IV, p. 91.

²⁷ Al respecto véase CAROCCA PEREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 347, ss.

pasivo de la persecución punitiva, entendiéndolos como dudosos, razonablemente, y en esa medida ineptos para generar una declaración de responsabilidad, mas sí para una de absolución (o sus similares), todo ello dada la vocación personalista de la legitimación política basada en la dignidad humana²⁸. El *in dubio pro reo* es una regla moral de la política criminal democrática efectuada a través del proceso penal, que debe ser, entonces, además de una pauta epistémica, una ética, observada como comportamiento moral, incidente y determinante en el grado “debido” del proceso, por los funcionarios de la jurisdicción penal²⁹.

2.3 El principio-conducta de la investigación integral

Cuando se postula, como en el sistema procesal penal colombiano, que compete al fiscal la investigación tanto de lo desfavorable como de lo favorable al sindicado, se quiere significar, ante todo, la prescripción ética de realizar un trabajo probatorio, una instrucción, que garantice (el derecho a) la prueba practicada y valorada conforme a las condiciones de racionalidad previstas en la ley, como forma de obtención de la “verdad” (real o sólo procesal), uno de los fines del proceso, que permita una administración del Derecho (de justicia en la noción más difundida) igualitaria y equitativa, consecuente con el mandato de un proceso debido o correcto.

Es la neutralidad ante la obtención de la verdad a través del proceso la aspiración de civilidad implícita en este mandato regulativo de la

²⁸ En torno a los ámbitos de aplicación del principio *in dubio pro reo*, estamos con Zaffaroni en el sentido de no conminarlo exclusivamente a la valoración probatoria sino también a la hermenéutica de las normas. Al respecto Víd. ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 137.

²⁹ Un muy interesante y completo estudio del *in dubio pro reo* como derivado conceptual del principio de inocencia es el realizado por RUSCONI, Maxiliano. “Principio de inocencia e ‘in dubio pro reo’,” *Jueces para la democracia*, Madrid, pp. 44-58.

construcción ética de la verdad. Neutralidad ante la verdad procesal, no ante el régimen de valoración de la prueba con que se obtiene ésta: ante dicha valoración no es posible ninguna neutralidad cuando el régimen procesal penal se fundamenta en un criterio personalista como el supervalor de dignidad humana. Es obligatorio, a más de válido, entonces, adscribirse a esa específica regulación civilizatoria e impelerle eficacia institucional. Saber frente a qué y en qué medida ser neutral. Así, no debe existir, por lo menos en la sistemática actualmente vigente, una preocupación especial del fiscal por desvirtuar la presunción de inocencia; se trata, tan sólo de una preocupación por que la prueba que se allegue al proceso, siendo legal, dé cuenta de un alto grado de certeza o verdad; permita conocer los hechos. A la práctica de la prueba se vincula este mandato en forma inmediata. Sólo mediatamente a su valoración, a la que concurre el conglomerado de cláusulas epistemológicas y axiológicas mencionado. Por algo se trata de un criterio principialístico de “investigación” integral, más que de “valoración” en esos términos.

3. La justificación del discurso de la prueba penal del Estado constitucional y su vinculación para las instancias de persecución penal estatal

En el Estado constitucional la garantía de los derechos fundamentales constituye la justificación legitimadora del Poder Judicial. En efecto, es la eficacia de los derechos humanos y de las garantías fundamentales, la misión principal y cualificadora del poder judicial³⁰.

³⁰ Véase al respecto FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Traducción de Perfecto ANDRÉS y otros. Madrid, Trotta, 1995; también VIVES ANTON, Tomás, *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, p. 276: “En el ámbito del proceso penal esa garantía es, ante todo, una garantía ante el poder de la investigación oficial. Los derechos representan los límites a la potestad investigadora. El Juez Instructor, el juez titular de la investigación oficial, se halla, por eso sólo, colocado en una situación contradictoria: ha de garantizar los derechos; pero, a la vez, ha de culminar con éxito la investigación. Atribuir a la misma persona la garantía de los derechos y la potestad que podría vulnerarlos no parece, en modo alguno, coherente.

De allí que, frente a la del poder legislativo, se hable de una específica legitimación democrática de la jurisdicción: el carácter fundamentalmente cognoscitivo (racional) de la actividad judicial, cuyos juicios, en contraste con los del poder legislativo, requieren una verificación empírica normativamente razonable³¹.

Estos específicos fundamentos del Poder Judicial son los cimientos del Estado constitucional; de la democracia deliberativa o sustancial y sus posibilidades de concreción. Están previstos, para el caso colombiano, en su Constitución. En veces a la manera de fines del Estado, bien de derechos de los asociados, ora de deberes de los agentes estatales, etc. Su justificación no es otra que el ser humano y su dignidad como cualidad deontológica basilar de una sociedad, condición y elemento de la civilidad contemporánea. El Estado existe en función de la dignidad del ser humano, que es fin en sí mismo, ininstrumentalizable para proyectivas diversas.

Es esa la fundamentación del régimen procesal penal personalista y, con él, del régimen de la prueba penal basado en la asignación de eficacia a los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Con ellos no se está regulando sólo un procedimiento epistémico de definición y construcción de un modelo de verdad jurídico-procesal; ni sólo un procedimiento de distribución estatal de los reproches sociales. Allende se está, mediante dicha regulación y su *praxis*, afirmando nuestra identidad normativa como seres razonables; como seres capaces de alteridad y de mutuo reconocimiento de dignidad³². Con

³¹ Esta precisión en IGARTUA, *El caso Marey*, p. 23, quien adicionalmente expresa al respecto: “ninguna mayoría, por importante que sea, puede legitimar la condena de un inocente; como tampoco ningún consenso (del Estado, de la prensa, de los partidos, de la opinión pública...) sirve para suplir las eventuales carencias probatorias ... Por eso, en la jurisdicción, sólo hay cabida para una *legitimidad* de tipo *racional*. ...” Idem, pp. 23-24.

³² Cfr. KORSGAARD, Christine, *La fuente de la normatividad* –especialmente la conferencia relativa a “El origen del valor y el alcance de la obligación”–. Traducción de Laura Lecuona y Laura Manríquez, 2000, México, Unam, pp. 165 ss.

ello, la acción de privar a quien es legítimo titular de las directrices epistémicas y normativas del régimen de prueba penal personalista, de las cláusulas de obtención y construcción correctas de la verdad, de cuyo conlleva el desconocimiento de su dignidad. Privarlo de su ser y dotarlo de la nada, en una visión del existencialismo sartreano.

Grosso modo se han descrito el régimen de la prueba penal y el discurso a él circundante, propios del Estado democrático constitucional, destacando el preponderante papel que en la articulación institucional de aquellos cumplen las cláusulas epistémico-normativas de la presunción de inocencia y su derivación conceptual del *in dubio pro reo*, al tiempo que se ha reivindicado el talante de civilidad democrática de ambos aspectos, para la que es imprescindible nuestra acción responsable como sujetos políticos, morales y jurídicos en un sistema que, ontológicamente agreste como el punitivo, puede ser más o menos violento según nuestro grado de responsabilidad; según la ética de nuestras acciones.

Como agentes del discurso penal podemos interferir en su menor grado de violencia si actuamos dentro de la esfera de la legitimidad democrática; si somos éticos. Así lo fue el autor de la providencia comentada. Echó de más serlo el fiscal de primera instancia que dio origen a dicho pronunciamiento, no obstante su condición de operador jurídico de normas que consagran una estructura punitiva racional-personalista. Bien queda, frente a tales acciones, como frente a las de quienes se empeñan en refrenar la consolidación en Colombia de una organización social más democrática, mediante prácticas austeras en civilidad, ahistóricas y contraculturales al contexto democrático; tributarias, en fin de cuentas, de los autoritarismos y la sinrazón política, rememrar aquella genial reflexión de Goethe acuñada por intermedio de su Mefistófeles: "Todo el remolino se afana por alcanzar la cima; te crees que a los demás arrastras, y eres tú el arrastrado. ..." ³³.

³³ Vid. Johann Wolfgang von Goethe, *Fausto*, Traducción de Pedro Gálvez, Bogotá, Casa Editorial El Tiempo, 2001, p. 172.

Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior de Medellín Fiscalía Quinta Delegada

Medellín, octubre veintiocho (28) de dos mil tres (2003)

Mediante interlocutoria de fecha Abril tres (3) de dos mil tres (2003), el Fiscal 92 Seccional Delegado ante los Jueces Penales del circuito, calificó el mérito del sumario seguido en disfavor del ciudadano G. L., profiriendo Resolución Acusatoria, al estimarlo autor, probablemente responsable de la comisión del injusto típico de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

Notificados personalmente los sujetos procesales, el Defensor Convencional del procesado, interpuso y sustentó en tiempo oportuno recurso de reposición que al ser desatado en forma negativa, habilitó la concesión del de alzada, propuesto de manera subsidiaria.

Efectuado el trámite consagrado en el Numeral 2º del artículo 119 del

Código de Procedimiento Penal, se encuentra habilitada esta Delegada para el correspondiente examen y pronunciamiento.

1. Lo acontecido

El jefe de la División Jurídica Tributaria de la DIAN denunció al señor G.L. en su calidad de representante legal de la sociedad "B. S.A." por omitir consignar los dineros correspondientes al impuesto a las ventas del período 06 de 2000 y retención en la fuente del período 06 a 12 de 2000, así como el período 02 de 2001, ascendiendo la totalidad de lo no consignado, según la entidad denunciante, a ciento noventa y nueve millones setecientos sesenta y siete mil pesos.

2. De lo actuado y sus consecuencias

2.1 Fundamentos de la Resolución Impugnada

Luego de hacer un recuento de los descargos vertidos por el procesado, retoma el Fiscal 92 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito los argumentos esgrimidos en pro de su defensa por parte de su Defensor Convencional, a efecto de desestimarlos totalmente pues que lo relacionado con la posible causal de ausencia de responsabilidad –artículo 32.7 del Código Penal– no se encuentra probada, ocurriendo que frente a estas causas la duda probatoria no opera, invirtiéndose la carga probatoria en tanto no es al Estado al que corresponde probar lo que en tal sentido se alega, y si bien es cierto se pregonó por el procesado la utilización de los dineros recaudados por redefuente e IVA para saldar las liquidaciones e indemnizaciones de los trabajadores, el material probatorio y específicamente la versión del procesado indican que ese dinero no se destinó exclusivamente a ello, por lo que la tesis de que se dio primacía al derecho de las personas despedidas y no despedidas no alcanzó asidero probatorio. Y en lo relacionado con el acuerdo entre la sociedad denunciante y la DIAN, es claro por el *A quo* que fracasó, pero por circunstancias que no

fueron atribuibles a esta última entidad, se acogió por tanto en toda su extensión la declaración de la Jefe de División de Cobranzas en el sentido de que el fracaso del acuerdo no fue entonces decisión unilateral de la DIAN. Se concluye que ante la satisfacción de “los requisitos sustanciales para proferir acusación (ocurrencia del hecho y prueba que señala la supuesta responsabilidad penal, esta última a través de documento) y no ser de recibo los argumentos defensivos”, se optó por acusar al ciudadano L como presunto responsable de la conducta que describe y sanciona el artículo 402 del Código Penal.

2.2 Fundamentos del Recurso Interpuesto

En forma vehemente el profesional que vela por los intereses del procesado insiste en el reconocimiento de la causal de estado de necesidad haciendo para ello un recuento de la grave crisis financiera que azotó el sector de la construcción para la referida época del incumplimiento denunciado, de tal suerte que “la parte más importante de los dineros recibidos por la sociedad durante la crisis financiera y en la época en la que se presentó el incumplimiento de las obligaciones tributarias, fue destinada al cumplimiento de las obligaciones laborales con los trabajadores a los que hubo que despedir en aras de lograr la subsistencia de la sociedad”...

3. Para decidir se considera

Tiene suficientemente claro esta Delegada que, para proferir resolución acusatoria, se ha de contar con prueba legal regular y oportunamente allegada a la actuación, misma que ha de examinarse conforme a los principios del Debido Proceso y Presunción de Inocencia y, por tanto, la conclusión afirmativa de responsabilidad debe ser la consecuencia racional y lógica del examen depurador de la prueba aportada, tanto aquella que compromete al procesado con los hechos investigados y sus circunstancias, como también la que lo exonera de responsabilidad o la atenúa, toda vez que la visión crítica del proceso no puede dejarse circunscrita al simple rasero de la imputación, teniendo en cuenta que, si, de alguna manera se puede considerar demostrada la tipicidad y aun la antijuricidad, el juicio no queda completo si no se tiene demostrado que el procesado actuó con un claro conocimiento de la ilicitud del hecho y voluntad decidida a realizar la conducta contrariando el orden jurídico.

En este proceso, por fuera de la denuncia presentada por el correspondiente funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se cuenta con la declaración del procesado, quien claramente advierte que, en principio no tuvo un claro conocimiento de la ilicitud de la conducta, esto es, desconocía que al

no entregar los dineros recibidos a título de impuesto a las ventas o por retención en la fuente por servicios suministrados u otras razones atinentes al giro ordinario de los negocios de la empresa por él representada (sic) y sólo se enteró de ello cuando se vio compelido por los requerimientos que la entidad le hiciera como consecuencia de haber declarado unos valores en dinero recibidos como producto de ventas y servicios suministrados, pero además, aduce como razón potísima para incumplir con su obligación la precaria situación económica que se sometiera la empresa (sic), surgida con ocasión y causa de que el negocio de la construcción se vino a menos, pues los proyectos que en tal sentido se tenían se suspendieron y fue necesario despedir personal y a los que quedaron no aumentarles el salario, y el poco dinero de que se disponía destinarlo al pago de las obligaciones laborales y al pago de las obligaciones parafiscales, en su sentir, socialmente prioritarias. Aduce entonces, sin precisarlo exactamente, a una circunstancia excluyente de responsabilidad, particularmente, a un caso de FUERZA MAYOR, consecuencia de la recesión económica padecida por el país y que afectara enormemente la industria de la construcción.

La situación económica de hecho negativa referida por el procesado, en principio y bajo la razón que impone la presunción de inocencia, no puede ser desconocida considerando simplemente el enunciado normativo de la disposición penal en concreto para el caso, como se indica en el art. 402 del C. Penal, pues si los dineros recibidos a título de retención en la fuente o como consecuencia de las ventas realizadas —Impuesto al Valor Agregado— no se consignan en el término indicado, lo que al efecto manifieste el procesado como razón del punible por vía de omisión, debe aceptarse como válido y se aduce, además, cómo en el evento concreto, un estado de insolvencia general y unas razones de orden económico consideradas prioritarias e influyentes como factor de omisión, deben ser investigadas conforme se indica en los arts. 250-5 de la C. N., 20 y 234 del C. del C. de P. Penal, entendiéndose que al procesado le es suficiente con invocar las razones que en su sentir lo excluyen de responsabilidad y al ente investigador, en cuanto sea posible recolectar las pruebas que corroboren o desvirtúen el aserto y cabe agregar que, en este sentido resulta de obligatorio cumplimiento lo dispuesto en el art. 338, incisos 5 y 6 del C. de P. Penal.

Entiende esta Delegada que cuando el funcionario investigador no cumple con las normas que edifican el principio de la presunción de inocencia y no obstante, clausura la investigación, evidentemente se genera un vacío probatorio que al calificar el mérito del proceso debe examinarse y reconocerse bajo el principio del IN DUBIO PRO REO y ordenar la preclusión bajo los parámetros indicados en el art. 399-2 del C. de P. Penal.

Imperioso resulta advertir, que la desestimación de las serias propuestas esgrimidas en pro de la defensa del ciudadano L., fueron los únicos argumentos esgrimidos por el A quo a efecto de concluir satisfechos los requisitos que para acusar, demanda el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, dejándose completamente de lado el análisis del comportamiento bajo la óptica del contenido del artículo 9 del Código Penal que claramente establece que “para una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, con lo que, el concepto de la conducta punible no resulta otra cosa que la concurrencia de elementos específicos atañen entonces a la TIPICIDAD, LA ANTI-JURIDICIDAD y LA CULPABILIDAD, por lo que una vez establecido que se está ante comportamiento humano —realizado por acción u omisión— y determinado que se adecúa a descripciones típicas, ha de verificarse si

efectivamente lesionó o colocó en peligro, sin justa causa, un bien jurídico tutelado por la ley, debiéndose confirmar, por último si el sujeto agente, pudo o no haberse comportado de conformidad con el mandato legal infringido, lo que permitirá al operador jurídico impartir lo que se denomina juicio positivo o negativo de exigibilidad que representa la culpabilidad, existiendo correlación e interdependencia entre las referidas categorías, no siendo posible dar el paso de un elemento a otro, sin la previa demostración de todas las exigencias establecidas para el efecto, de tal suerte que la ausencia de uno cualquiera de esos elementos impide la concreción de un juicio de reproche provisional.

Y es que para ser más claros, el análisis efectuado en primera instancia respecto de dos supuestos fácticos esgrimidos en pro del reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad —estado de necesidad—, ora como eximente de responsabilidad como situación de fuerza mayor —acuerdo entre el agente retenedor y la DIAN— permite de primera mano concluir que en pro de desestimar el primero de ellos se utiliza un argumento completamente desfasado como el de invertir la carga de la prueba en cabeza del procesado contraviniendo al hacerlo el principio de investigación integral que resulta entonces completamente desatendido en tanto, pese a decretarse

la revocatoria en dos oportunidades de la resolución que clausuró el ciclo instructivo, no se le ocurre al funcionario de instancia exigir, ordenar u obtener prueba de esos pasos, liquidaciones e indemnizaciones efectuados a los empleados de la empresa, en el período de incumplimiento denunciado, que una simple inspección a los libros de contabilidad hubiese servido en aras de confirmar o desvirtuar la causa alegada, pasividad que de buenas a primeras no puede hacerse valer, en nuestro actual sistema, en contra de los intereses de quien tal asunto alegó y sumariamente trata de demostrar, por lo que existiendo, como de hecho existe, la duda al respecto, ha de ser solucionada es a favor y no en contra del procesado.

Es más, la desestimación del argumento de causal extintiva de la acción penal que se contemplaba para la época de ocurrencia de los hechos, por haberse presentado un principio de acuerdo entre el agente retenedor y la DIAN que indudablemente acredita el cruce epistolar que para tales efectos arrima la defensa, permite con meridiana claridad concluir es una evidente voluntad de pago en el primero de los nombrados, como lo reconoce la Jefe de División de Cobranzas de la DIAN —Dra. L. C.— a folio 154, con lo que el reproche punitivo inferido bordea la responsabilidad objetiva

completamente prescrita en nuestro sistema penal liberal y democrático en tanto, se itera, no hay la más mínima claridad respecto de que el procesado pudiendo obrar de otro modo, y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurrió en el comportamiento objeto de investigación, asunto que no permite entonces edificar juicio de reproche provisional en su contra y que obligará al proferimiento de preclusión de la investigación al tenor de lo contemplado por el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que el referente probatorio, en sus límites máximos y mínimos no se estructura, generándose un vacío probatorio que por la caducidad de la instrucción no se puede completar de otra manera, lo cual conlleva, obviamente al reconocimiento de la duda razonable respecto a si existieron o no las razones que se aducen para haber omitido con la obligación tributaria que surge de su condición de agente retenedor de impuestos y de la obligación de colocar tales dineros a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En síntesis, puesto que el procesado le asiste el derecho de hacer constar en el acta de la indagatoria “...**todos los aspectos que considere pertinentes para su defensa o para la explicación de los hechos**” al ente investigador le incumbe la obligación de verificar las citas que en tal sentido se hallan y cuando no se allana al cumplimiento de la preanotada, no le es dable invertir la carga de la prueba para negarle eficacia y validez a su declaración y cuando ello sucede así, ha de optar por calificar el mérito del sumario por la vía de la preclusión bajo el principio del IN DUBIO PRO REO, pues de lo contrario se desconocen los principios fundamentales del DEBIDO PROCESO, DERECHO DE DEFENSA y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, razón de ser del proceso penal propio de un Estado social, democrático y de derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín **REVOCA** en todas sus partes la resolución interlocutoria apelada, de fecha y procedencia anotadas y en su lugar **PRECLUYE** la investigación adelantada en contra del señor **G. L.**

Bibliografía

Cómez López, Orlando. Teoría del delito, 1 ed.,
Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003.
Juan Carlos Álvarez Álvarez

Rodríguez, Orlando Alfonso. Prueba ilícita penal, 1 ed.,
Bogotá, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Revista penal No. 11. Enero 2003.
Sandra Milena Gómez Santamaría

Revista penal No. 12. Julio 2003.
Juan Sebastián Ceballos Bedoya

Revista de derecho penal y criminología.
No. 11, 2a. época, Madrid, UNED, enero de 2003.
Susana Escobar Vélez

Revista de derecho penal y criminología.
No. 12, 2a. época, Madrid, UNED, julio de 2003.
Sebastián Naranjo Serna

Derecho penal contemporáneo - Revista Internacional,
No. 2, Bogotá, Legis, enero-marzo 2003.
Maximiliano Alberto Aramburo Calle