

Trasplantando Dudas. Una Ponencia¹ *Transplanting Doubts. A presentation*

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PROCESAL²

1. Sobre la cultura jurídica

Hablar de cultura jurídica, es hablar de mucho más que de normas y sentencias. El derecho en el contexto de la cultura jurídica, es un fenómeno que se encuentra inmerso dentro de las principales problemáticas diarias de la sociedad, por lo que éste, más allá de adoptar una forma determinada y estática, es una actividad en constante situación de cambio, pues se desenvuelve dentro de una cantidad de factores que lo condicionan y determinan³.

El derecho se encuentra sometido a muchos condicionantes culturales -como práctica social que es-, por lo que se puede hablar de la relación de la cultura y el derecho, específicamente, de la relación de las prácticas de los juristas, orígenes

1 Ponencia presentada por el Semillero de Investigación de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el concurso para estudiantes de pregrado en el marco del VI Congreso de Derecho Procesal, denominado Cultura y Proceso, llevado a cabo en la Ciudad de Cartagena, los días 29, 30 y 31 de agosto de 2013. En el cual obtuvo el primer puesto. El artículo fue actualizado para presentarlo en la revista *Nuevo Foro Penal*.

2 En la elaboración de la ponencia participaron los siguientes integrantes: Daniel Robledo Orrego, Camilo González, Jose Luis González Jaramillo, Santiago Montoya, Sara Agudelo, Alejandra García, Jorge Arango, Octavio Macías González, John Peter Acosta, Jonathan Zapata Flórez, Alejandro Gómez, Daniel Rueda, Bernardo Ramón, Mateo Fernando Múnera Muñoz, Jhon Fredy Ríos Agudelo, Hernán Alonso Lopera Morales, Jeniffer Melissa Mesa Londoño, Daniela Zapata, Ana Colombia Valencia, Daniel Argumedo López, Juan Esteban Oliver Ortíz, Tania Rivera Fernández, Juan Felipe Vallejo y Oscar Alberto García Arcila.

3 En este sentido, Hespánha señala la importancia de la relación mencionada en los siguientes términos: "Por eso, la historia del derecho será la historia del campo jurídico, de las prácticas discursivas de los juristas, de los dispositivos del derecho...". HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 24.

y escenario de las concepciones de orden jurídico y social que estos tienen con el sistema normativo en general, de ahí que se hable del concepto de cultura jurídica, concepto que reviste un alto grado de indeterminación y vaguedad, siendo objeto de discusiones y teorizaciones de la más amplia gama, sin que se tengan conclusiones o ideas generales que denoten algún tipo de acuerdo en torno a su contenido⁴.

2. El fenómeno del trasplante jurídico

El trasplante jurídico es una de las constantes en la formación de culturas jurídicas a lo largo de la historia, ya que esta es la forma natural en que estas se desarrollan. Las ideas jurídicas, tanto normativas como ideológicas, precisamente por ser concepciones, pensamientos y discursos, tienden a circular y a traspasar fronteras e idiomas.

Así, los cambios normativos se pueden producir por los préstamos de producciones jurídicas entre las distintas sociedades, los cuales pueden ser debidos a situaciones que acusan la necesidad de tratar un problema utilizando fórmulas que ya han sido ensayadas y puestas en marcha en otros lugares, lo que permite un acoplamiento entre las concepciones de los juristas y la sociedad, propiciando una retroalimentación conveniente. No obstante, los trasplantes también pueden encontrar su explicación en decisiones de pura autoridad implementadas por el mismo Estado, importadas desde un sitio de producción ajeno a este, sin realizar ningún tipo de reflexión.

3. Cultura Jurídica Procesal

3.1 Trasplante de teorías jurídicas procesales

A través de la tesis del canon jurídico occidental, el profesor López Medina estructura los conceptos de trasplantes, transmutaciones jurídicas, sitios de producción y sitios de recepción, a partir del viraje de las teorías transnacionales del derecho⁵.

4 TARUFFO, MICHELE, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia Civil*, Bogotá, Temis, 2006, p. 6.

5 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis Editores, quinta reimpression, 2009, p. 16. Es necesario recordar que esta tesis, la del canon jurídico occidental, la recoge el profesor López Medina de Harold Bloom, a partir del canon literario occidental: "(...) *Cualquier gran obra literaria lee de una manera errónea – y creativa -, y por tanto malinterpreta, un texto o textos precursores. (...)*", BLOOM, HAROLD, *El Canon Occidental*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2005, p. 18.

Uno de los elementos que López advierte para explicar la facilidad del trasplante, transnacionalidad y transmutación de la teoría del derecho es que

[l]a iusteoría, después de todo, es el más abstracto de todos los discursos acerca del derecho y por este mismo motivo es el tipo de discurso académico que puede con mayor facilidad atribuirse de desapego frente a minuciosidades regionales, nacionales o locales⁶.

Ahora, ¿la teoría procesal reviste también un nivel de abstracción propicio sobre el cual debe predicarse la proliferación de trasplantes jurídicos?

Al respecto el profesor Taruffo propone estudiar el proceso desde la 'cultura jurídica' -dentro de la cual se entiende la 'cultura técnica'⁷-, que propugna por "un modelo procesal -y esto vale para todos los modelos de proceso- [que] nace, pues, de la combinación de opciones ideológicas y de instrumentaciones técnicas"⁸; la relación 'medio (instrumentos) - fin (ideología)', es entonces la pretensión de abstracción del discurso procesal, que se erige a partir de una definición de las 'ideologías' del proceso y de allí la estructuración de los 'instrumentos' conforme a ellas.

Taruffo define la ideología del proceso como una "elección en el plano de las políticas del derecho", las cuales esquematiza en dos concepciones que han tenido un desarrollo histórico; la primera, entiende el proceso como un espacio privado donde los particulares resuelven autónomamente sus controversias; la segunda, plantea que la resolución de los conflictos escapa de la esfera exclusivamente privada, donde las decisiones deben ser justas y legítimas⁹. Elegida alguna de estas concepciones se identifica la cultura procesal y a partir de allí se estructura el rol de los instrumentos que Taruffo enuncia: la figura y el papel del juez, la estructura del procedimiento, las pruebas, los métodos alternativos de resolución de conflictos y las impugnaciones¹⁰.

6 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría Impura del Derecho*, p. 11.

7 Taruffo propone el proceso como objeto de estudio a partir de la distinción de dos conceptos: 'cultura técnica' y 'cultura jurídica'. La cultura técnica se construye en un ámbito nacional en tanto "los juristas <<domésticos>> usualmente se ocupan de <<su>> Derecho procesal e ignoran la existencia del Derecho procesal extranjero"; por motivos que "van desde la ignorancia de cualquier lengua extranjera hasta el chovinismo nacionalista y autárquico según el cual <<no vale la pena saber que hacen los demás, porque somos capaces de hacerlo todo nosotros mismos>>", TARUFFO, MICHELE, "Cultura y Proceso", en *Páginas sobre Justicia Civil*, (Maximiliano Aramburo Calle, traductor), Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 193 y 194.

8 TARUFFO, MICHELE, "Cultura y Proceso", en *Páginas sobre Justicia Civil*, p. 195.

9 *Ibid.*, p. 196.

10 *Ibid.*, pp. 198-208.

Hasta aquí podemos concluir que los trasplantes jurídicos procesales obedecen a las dinámicas propias y naturales del desarrollo de las ideas jurídicas; pero también a la necesidad de estar acorde con los países productores que marcan la hoja de ruta en un mundo globalizado.

3.2 Trasplantes jurídicos y globalización

Señalada esta idea de cultura jurídica, es importante advertir que tanto ésta como el derecho en general, se encuentran inmersos dentro del fenómeno de la globalización¹¹, al que en la actualidad no se le escapa esfera social alguna, que como se verá, tiene repercusiones de hondo calado sobre las concepciones y visiones culturales sobre el derecho. La globalización, como fenómeno de alta complejidad, logra incidir en las entrañas más profundas y pequeñas de las sociedades, incluyendo, claro está, el derecho, el cual resulta especialmente alcanzado por los efectos globalizadores.

Referirse al fenómeno de la globalización es referirse a una de las fuerzas transformadoras más grandes de los últimos tiempos, que en mucho o en casi todo, depende de la actual hegemonía de un modelo económico, el cual se expande por el mundo más rápido que el mismo derecho romano en tiempos del imperio. En este sentido, el estudio de la globalización y su relación con el derecho cobra relevancia si se tiene en cuenta que los factores económicos se encuentran estrechamente relacionados con los factores jurídicos o normativos¹².

11 La cultura se estructura a partir de los consensos sociales, o lo que es lo mismo, las ideas, valores y normas que son compartidas por un determinado grupo social, CHASE, OSCAR, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-cultural Context*, New York-London, NYU Press, 2005. Citado por TARUFFO, MICHELE, "Cultura y Proceso", en *Páginas sobre Justicia Civil*; mientras que la globalización se caracteriza especialmente por la pérdida de límites y barreras, tanto las geográficas, como las artificiales, respecto de ciertas fuerzas de alcance universal, STIGLITZ, JOSEPH E., *El Malestar en la Globalización*. Madrid, Taurus, 2002, p. 34.

12 Es evidente que la globalización con fines económicos – o la globalización económica – puede entenderse como "el fenómeno actual de creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales y finanzas y consumo" -MIR PUIGPELAT, ORIOL, *Globalización, estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, p. 27-, es el prototipo de este fenómeno y como tal, es la base de todo el proceso global, ya que el contexto en el cual surge la globalización es la necesidad de expandir los mercados y la intención de liberalización, no intervención y eficiencia a nivel planetario, de ahí que se vean permeados las demás dimensiones de la vida social que no son, o no están dentro de las categorías económicas, especialmente el derecho, y de allí la propagación del análisis económico del derecho. Como el mismo Beck lo afirma, la globalización no es sólo un proceso económico, de la mano de ésta también hay una creciente globalización de otras dimensiones, entendidas bajo una relación de interdependencia, tales como la cultura, la sociedad, la ecología, la información, y por supuesto, la

De este modo, preguntarse por la cultura jurídica de nuestro tiempo implica una reflexión en torno a cómo se comporta el fenómeno de la globalización de cara a la transformación de los sistemas jurídicos en general, y de instituciones jurídicas en particular; en palabras del profesor Taruffo: “la globalización está llevando a una considerable homogenización de algunos sectores del Derecho”¹³. En este contexto la globalización implica también la transmutación, el trasplante y transformación que, por lo vertiginoso de dicho proceso, genera tensiones o al menos desencuentros e incomprendimientos con el estado de cosas locales.

Hay que advertir, dentro del marco de dichas tensiones, que aunque el Estado formalmente produzca y expida normas, compartiendo dicha facultad con organismos supranacionales, cada vez más la normatividad en general proviene materialmente menos de éste, pues no obstante expedirse normas de orden nacional, el origen real de estas se encuentra fuera de los espacios políticos de decisión propios del Estado, donde no es de extrañar la pérdida de originalidad de la legislación y se tengan ordenamientos más similares en países como los de América Latina.

4. Recepción del modelo procesal estadounidense en América Latina

La segunda guerra mundial y la guerra fría, fueron la antesala para la hegemonía internacional de un único modelo político y económico: el estadounidense, que basándose en la defensa de los Derechos Humanos, las libertades individuales y la necesidad de su protección a través de sistemas de juzgamiento acordes a estos, legitima la exportación de su sistema jurídico a distintos países¹⁴.

Tal fenómeno se evidencia actualmente en el trasplante de sistemas procesales, en general, y de figuras e instituciones propias del sistema penal acusatorio estadounidense, en especial. Esto ha influenciado a países como Alemania, Francia e Italia¹⁵, lo que ha llevado a que se afirme y denuncie el quiebre de los postulados fundamentales de las ideas jurídicas europeas, y el choque que se presenta entre la

política y el derecho, BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 23.

13 TARUFFO, MICHELE, “Cultura y Proceso”, en *Páginas sobre Justicia Civil*, p. 191.

14 MATTEI, UGO, “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *Global Jurist Frontiers*, 3(2), 2003, p. 384.

15 Países que tradicionalmente han estado a la cabeza de los desarrollos jurídicos desde larga data y que han fundamentado teóricamente y filosóficamente la visión continental del derecho y han sido cultores y precursores de una forma de cultura jurídica.

aplicación de las instituciones importadas y la cultura jurídica de los operadores de influencia continental¹⁶.

Es preciso aclarar que el sistema acusatorio adoptado por los países europeos recientemente, ha sido de índole estadounidense. Sin embargo, Latinoamérica ya había adoptado un sistema inspirado en el Código de Procedimiento Penal acusatorio de 1939 de la Provincia de Córdoba (Argentina) que "... representa la recepción del derecho procesal penal europeo-continental según su estado al comenzar el siglo xx"¹⁷ en el cual recepcionaba los Códigos Procesales Penales italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Penal Española de 1882 y la Ordenanza Procesal Alemana. La importancia de este código se vio reflejada en gran parte de Latinoamérica, ya que con base en éste se redactó "El código procesal penal modelo para Iberoamérica, el que terminó presidiendo, si no toda, al menos gran parte de la reforma Latinoamérica del proceso penal"¹⁸.

En esta línea, en la década de los 90 se expidieron los códigos de Guatemala, Costa Rica, Chile, Argentina -que a través de los códigos de sus provincias y del nacional se acerca cada vez más a ese modelo-, Venezuela, Paraguay, Bolivia, Nicaragua, Honduras, República Dominicana, Panamá y Ecuador¹⁹. No obstante, a pesar de las reformas, en muchos de estos países, aún subsisten instituciones inquisitivas, ya que "no se trata de una reforma finalizada sino desde un punto de vista general, de una reforma aun en curso"²⁰.

Sin embargo, Brasil, Uruguay y Colombia han seguido caminos propios. Colombia ha tenido un fenómeno de reformas al sistema procesal penal, distinto a la mayoría de los países de la región, ya que se implantó a través de los lineamientos impuestos por los Estados Unidos, que para introducir las nuevas reglas económicas, requiere difundir su sistema de juzgamiento por todo el globo, y que este sea "fuerte, ágil, eficiente, pero por sobre todo anclado en las entrañas de la estructura económica y social"²¹.

16 SCHÜNEMANN, BERND, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 289-302.

17 MAIER, JULIO, B. J., STRUENSEE, EBERHARD, "Introducción", en *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, (Ambos, Maier, Woischnik, coords), Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 25

18 *Ibíd.*, p. 26.

19 *Ibíd.*, p. 28.

20 *Ibíd.*, p. 18.

21 HERNÁNDEZ FORERO, FABIO, (s.f.). *La reforma del sistema penal. Una justicia coja con muletas norteamericanas*. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de http://www.deslinde.org.co/IMG/pdf/La_

Y, para los países que quieran participar en el acople del modelo legal que se está implantando, el gran distribuidor del sistema, Estados Unidos, ha propuesto organismos dispuestos para cumplir dicho cometido, como es La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés), que ha provisto asistencia a algunos países de la región²². Ayuda que incluye cursos para jueces, fiscales, defensores, policía judicial, bases de datos, librerías, entrega de materiales y suministros para el ejercicio judicial. Todo con el fin de implantar, adecuadamente, el sistema legal querido, en este caso el modelo penal acusatorio²³.

Así, se han trasplantado al sistema procesal penal colombiano doctrinas e instituciones jurídicas exóticas, y algunas de ellas se han tomado como una "... fórmula mágica para la resolución de los asuntos en cuestión"²⁴. Como consecuencia de ello, muchas de estas instituciones trasplantadas riñen con una realidad

reforma _del _sistema _penal _una _justicia _coja _con _muletas _norteamericanas- _Fabio _Hernandez _Forero.pdf También, RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR, "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo", en *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia* (R. Uprimny Yepes, M. García Villegas, & C. Rodríguez Garavito), Bogotá, Norma, 2006, pp. 409 y ss.

- 22 Para el sistema penal en el caso colombiano afirma Cesar Rodríguez: "After two decades of USAID investment and 15 years of neoliberalism and neoconstitutionalism, what does the Colombian case study tell us about the dynamics of the ROL field? Interestingly, the path of Colombian institutional reform and the intersections between the political and professional projects animating have come full circle. Just as at the foundational moment of the 1991 Constitutional Assembly, the convergence of the neoliberal and neoconstitutional projects (this time under the aegis of strengthened neoliberal hegemony) constitutes the consensus underlying rule of law reform, as illustrated by the transformation of the criminal justice system. However, if the brief history of Colombian neoconstitutionalism and its changing relations with the neoliberal project are any indication of the structure of the ROL field, chastened neoliberalism is not be a permanent synthesis. For the transnational epistemic and policy networks behind each project, with their contrasting conceptions of the ROL, continue to make inroads into the legal, economic, and state fields that they have gradually taken over.", RODRÍGUEZ-GARAVITO, CESAR, "Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America", en *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law* (Y. D. Garth), New York, Taylor & Francis, 2011, p. 177.
- 23 RODRÍGUEZ-GARAVITO, CESAR, "Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America", pp. 441 y 442. Para observar las modificaciones en Latinoamérica de los sistemas penales por medio del cambio de los códigos penales al sistema criminal acusatorio, ver, LANGER, MÁXIMO, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the periphery", *The American Journal of Comparative Law*, 55(4), 617-676, 2007.
- 24 HERNÁNDEZ FORERO, FABIO, (s.f.). *La reforma del sistema penal. Una justicia coja con muletas norteamericanas*.

sociopolítica diferente al entorno en las que estas se desarrollan normalmente y terminan cumpliendo con propósitos distintos a los originales.

En ese orden de ideas, la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, implementó un sistema penal mixto con tendencia acusatoria, el cual fue resultado de la influencia directa por parte de los Estados Unidos, ya que éste impuso “condicionamientos al gobierno colombiano para apoyar económicamente su lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada”²⁵. Influencia que se concretó con los compromisos adoptados ante la suscripción del acuerdo bilateral “Plan Colombia”²⁶.

De este modo se evidencia como la transformación del modelo procesal penal no se debe a un cambio cultural e intelectual de Colombia, sino más bien al acatamiento de un modelo extranjero. En este sentido, se instaura un sistema acusatorio de vertiente estadounidense, el cual trae consigo instituciones como los agentes encubiertos, la justicia negociada, las delaciones, las confesiones, el *plea bargaining*, la exclusividad del acuerdo entre fiscalía y el abogado de la defensa – donde el acusado se convierte en un objeto-, y la renuncia del juicio oral²⁷.

Cabe precisar, que se está de acuerdo con la axiología del sistema procesal acusatorio; de cara a la protección de los derechos fundamentales de las personas, que presenta una innegable mejoría para su salvaguarda respecto del sistema inquisitivo. Por lo tanto, el objeto del presente trabajo no es el de realizar algún tipo

25 VELEZ OSORIO, LUIS GONZAGA, *Otra Cara del Sistema Acusatorio Colombiano: Menosprecio de la Libertad Personal y Autoritarismo Penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012, p. 55.

26 RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”, pp. 454 y 455. En tal tratado, se manifiesta en el capítulo “La reforma del sistema judicial y la protección de los derechos humanos”, que “Colombia se ha comprometido a respetar el Estado de Derecho y seguirá fortaleciendo todos los aspectos de su sistema judicial. Esto incluye la transición continua a un sistema acusatorio (incluidos procesos verbales e investigaciones eficaces) y una mayor agilidad del proceso en todo sistema judicial, con el fin de asegurar que habrá acceso universal a la justicia sin importar la ubicación geográfica ni el nivel de ingresos. El gobierno liderará el esfuerzo para que el sistema judicial sea más justo y eficaz, más transparente y más accesible. Con ese fin, el gobierno buscará disminuir la impunidad mediante mejoras en el sistema de fiscalías, investigaciones más efectivas y procesos más ágiles”. Fenómeno este, no particular, sino bastante general, pues se inserta en lo que se ha denominado la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, SCHÜNEMANN, BERND, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*.

27 SCHÜNEMAN, BERND, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, p. 298. CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS, “Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una Primera Aproximación”, *Nuevo Foro Penal*, No 67, 2005, pp. 158 y 159. MANCO LÓPEZ, YEISON, “La Verdad y La Justicia Premial en el Proceso Penal Colombiano”, *Estudios de Derecho*, 69 (153), 2012, p. 191.

de reproche a la introducción de dicho sistema en Colombia, sino, revisar la forma en que se lleva a cabo la misma y, sobre todo, el que al realizarlas se pasen por alto los conceptos y las visiones de las instituciones ancladas en cada una de las culturas jurídicas que hacen parte de este trasplante.

Precisamente, dentro de la importación de instituciones del sistema procesal estadounidense, se observan algunas instituciones tan extrañas y exóticas para la tradición jurídica colombiana, como es, por ejemplo, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” (BARD, por sus siglas en inglés²⁸), contenido, entre otros, en los artículos 7, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, sobre el cual se ahondará a continuación.

5. El estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”

Si bien el estándar de prueba BARD se identifica con los procedimientos estadounidenses, una revisión de sus antecedentes lo sitúan entre el siglo XVI y XVIII en Europa²⁹; a partir de las construcciones de la teología moral, la filosofía y especialmente de la religión cristiana, alrededor de la peligrosa tarea que realizaban los jueces y jurados al condenar a uno de sus pares a la pena capital. El BARD, como fórmula, no surge en ningún momento para darle al procesado garantías al interior de los procesos, ni mucho menos como un estándar de prueba; esta se empleó para darle “comodidad moral” a quienes ejercían la labor de juzgar, para que su decisión de condenar a un acusado no implicara poner en riesgo su alma y su salvación en tanto las dudas que tuvieran sobre la culpa del perseguido no fueran razonables³⁰.

La expresión analizada daba cuenta de un conjunto de precauciones ético-religiosas que debían tener los jurados o jueces -según el sistema jurídico- al condenar a un acusado. Sin embargo, en ningún momento implicaba relación alguna con la prueba al interior del juicio o con la certeza que los mismos medios de prueba aportarían al juzgador o juzgadores para su convencimiento. Condenar a alguien más allá de toda duda razonable implicaba la difícil tarea de juzgar a un igual y tener el deber de absolver en los supuestos en que no se lograra la convicción sobre la culpabilidad, so pena de consumirse en el fuego eterno.

28 Beyond Any Reasonable Doubt (BARD).

29 Al respecto ver WHITMAN, JAMES. Q., “The Origins of “Reasonable Doubt”, *Faculty Scholarship Series*, 2005, 169.

30 *Ibíd.*, p. 4.

Posteriormente en Estados Unidos cuando a partir de la década del 70 se intenta teorizar como estándar de prueba *-rule of proof-*³¹, se enfrenta a limitantes básicos como ser una expresión sin un contenido específico y que no está diseñada para cumplir con la función de un estándar de prueba, que es básicamente el de determinar en qué momento está justificado aceptar como verdadera una hipótesis, basado en la consecución de pruebas de hecho³².

Análíticamente no puede pretenderse en ningún momento definir un concepto que no fue elaborado como estándar de prueba en sus orígenes y cuyo sentido o contenido en la actualidad no puede buscarse más allá del tinte garantista del que dota al sistema penal en que se adopta. Debe entenderse, en contraste con los orígenes de la acepción, que el estándar de prueba BARD en la actualidad solo representa una postura ético-política frente a las garantías del sujeto de persecución punitiva al interior del proceso penal, pero que en ningún momento puede constatar su cumplimiento de manera objetiva u homogénea por los operadores jurídicos.

Es paradójico ver cómo, aunque la expresión más allá de toda duda razonable es utilizada y copiada por numerosos países, entre los que cabe destacar a Chile, España, Italia y por supuesto, Colombia, dicha expresión no se encuentra definida, hasta tal punto que Laudan afirma "La duda razonable está completamente indefinida o definida de una manera tan imprecisa que resulta enteramente inútil"³³; Taruffo expresa: "... todas las formulaciones que han sido propuestas para definir con precisión cuando una duda sobre la culpabilidad del imputado es "razonable" o "no razonable" se resuelven en tautologías o círculos viciosos, que en ocasiones rayan en lo ridículo o en la insensatez"³⁴ (s.f.). Asimismo, Fernández señala que "se trata de una expresión muy vaga, en cuya delimitación cada intérprete puede emplear una gran carga de subjetividad, lo que dificulta que podamos llegar a estipular un único significado"³⁵.

31 GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva jurídica, 2009, p. 59.

32 BUSTAMANTE RÚA, MÓNICA MARÍA, "La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano", *Opinión Jurídica*, 9(17), (Enero - Junio de 2010), p. 76.

33 LAUDAN, LARRY, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), 2005, p. 106.

34 TARUFFO, MICHELE, (s.f.). *Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial*. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>

35 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *Prueba más allá de toda duda razonable y reglas probatorias*, 2002. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>

Por otra parte, aunado al hecho de que la expresión no se encuentra definida, se tiene también que la misma denota un plano absolutamente subjetivo, que más parece dar cuenta del estándar de prueba de la íntima convicción³⁶, en tanto dicho estándar no permite objetivar la decisión, al no existir un conocimiento cierto acerca de cuándo una duda es razonable o no, y cuando, por tanto, puede dictarse sentencia condenatoria.

La subjetividad de este estándar está dada por su carácter de criterio informador de la decisión del juez, que en suma termina autorizándole para dar un mayor o menor nivel de confianza a una hipótesis de culpabilidad, de manera que luego de analizar las pruebas se espera que la convicción del juez sea clara y se incline por la absolución o la condena; en palabras de Laudan, es un estándar “(...) profundamente subjetivo porque la estimación final de la presunta culpabilidad dependerá inevitablemente, entre otras cosas, de las corazonadas subjetivas iniciales del jurado acerca de la culpabilidad o inocencia”³⁷.

A pesar de los problemas que suscita este estándar de prueba en los centros de debate internacional, en Colombia es reiterada su utilización por los operadores judiciales en la práctica del derecho penal, pero del cual, sin embargo, se teoriza muy poco; no sólo se puede observar la ausencia en los debates legislativos de argumentos expuestos sobre la adopción del estándar³⁸, sino que la misma Corte Suprema de Justicia no tiene estructurados unos parámetros bajo los cuales los jueces puedan llegar a la conclusión de que en determinado caso procede la sentencia condenatoria por haberse llegado al “conocimiento más allá de toda duda”.

Al respecto, es contundente la sentencia –entre la poca jurisprudencia³⁹–, del 26 de octubre de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, según la cual existe un

36 “...a falta de un criterio de razonabilidad de la duda, esta formulación del estándar de prueba penal no consigue superar los problemas señalados para la íntima convicción, que los hace inservibles como estándares de prueba. Es decir, por su vaguedad extrema, no indican un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable”, FERRER BELTRÁN, JORDI, *La Valoración Racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 146.

37 LAUDAN, LARRY, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, p. 100.

38 ARAMBURU CALLE, MAXIMILIANO, “Averiguación de la Verdad, Racionalidad Legislativa y Debido Proceso: Sobre la Regla de Exclusión Probatoria en el Proceso Penal Colombiano”, *Nuevo Foro Penal*, 6, (74), 210, p. 33.

39 Corte Suprema de Justicia, 32863, Sala de Casación Penal 3 de febrero de 2010. Corte Suprema de Justicia, 36357, Sala de Casación Penal 26 de octubre de 2011. Corte Suprema de Justicia, 28432, Sala de Casación Penal 5 de diciembre de 2007. Corte Constitucional, T-698, 13 de diciembre de 2016. Corte Constitucional, C-003, 18 de enero de 2017.

cambio “trascendental” entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en cuanto al estándar, en tanto la primera requería para el fallo condenatorio “prueba que conduzca a la certeza del hecho punible”, y la segunda requiere “conocimiento más allá de toda duda razonable”. Pero cuando acomete la tarea de definir en otra sentencia la convicción o conocimiento más allá de toda duda, se refiere a éste en términos de certeza racional⁴⁰, evidenciando una clara contradicción respecto del supuesto cambio, y las falencias de la Corte para determinar con claridad cuándo una duda es razonable o no y cuándo por ello, procede la sentencia condenatoria.

A modo de ejemplo, en Medellín fueron encuestados 75 jueces, de los cuáles el 21.3% no saben o desconocen el estándar “conocimiento más allá de toda duda razonable”; en el proceso penal, el 20% no responde la pregunta, y el 58.7% sí lo conoce, pero cuando a este porcentaje de jueces –en total 44- se les indaga por el contenido de éste, 5 de ellos respondieron en blanco y los 39 restantes tienen una definición diversa, lo que demuestra un claro desconocimiento del estándar para dictar una sentencia condenatoria, que no impide, por su parte, que sea proferida⁴¹.

En conclusión, se observa que la adopción del estándar de prueba “conocimiento más allá de toda duda razonable”, fue trasplantado en la cultura jurídica colombiana sin mediar reflexión, pues no se ha estructurado en la teoría jurídica local, ya sea en los círculos académicos, en los estrados judiciales, y en los escenarios legislativos.

Empero, Taruffo propone la hipótesis según la cual

... los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades [ideologías] que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias [instrumentos] que se atribuyan a las partes.

Es bajo ese entendido que cada cultura jurídica debe reflexionar, articular y estructurar analíticamente un estándar de prueba acorde con las ideologías e instrumentos con los que identifica el proceso.

40 Corte Suprema de Justicia, 28432, Sala de Casación Penal 5 de diciembre de 2007.

41 BUSTAMANTE RÚA, MÓNICA MARÍA, “La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano”, pp. 77 y 78.

6. Conclusión

Criticar *per se* los trasplantes teóricos y normativos, ciñéndose exclusivamente al hecho en sí considerado del trasplante, es un ejercicio infecundo que ostenta tintes de infundada xenofobia epistemológica. Es tan nocivo creer que algo es malo por su procedencia como inicuo es defender todo lo contrario, es decir, que algo es bueno desatendiendo a un análisis riguroso de eso que se trae por el solo hecho de provenir de parajes de producción intelectual altamente reconocidos. Esto es importante aclararlo para ilustrar de qué manera, en Colombia, se han prohijado instituciones sin tomar en consideración el contenido de las mismas, de forma tal que lo que debiera ser un ejercicio prudente y racional, en el cual se establezca con absoluta diligencia los alcances de las disposiciones que se pretendan adoptar, por las implicaciones que entraña dichos trasplantes, ha sido simplemente un juego de traer por traer, sin examinar qué es lo que se traslada y en qué tipo de sistema normativo se inserta.

Bibliografía

- ARAMBURO CALLE, MAXIMILIANO, "Averiguación de la Verdad, Racionalidad Legislativa y Debido Proceso: Sobre la Regla de Exclusión Probatoria en el Proceso Penal Colombiano", *Nuevo Foro Penal*, 6, (74), 210, p. 33.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 23.
- BLOOM, HAROLD, *El Canon Occidental*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2005, p. 18.
- BUSTAMANTE RÚA, MÓNICA MARÍA, "La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano", *Opinión Jurídica*, 9(17), (Enero - Junio de 2010).
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS, "Acercas de la Reforma Procesal Penal. Una Primera Aproximación", *Nuevo Foro Penal*, No 67, 2005, pp. 158 y 159.
- CHASE, OSCAR, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-cultural Context*, New York-London, NYU Press, 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *Prueba más allá de toda duda razonable y reglas probatorias*, 2002. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>

- FERRER BELTRÁN, JORDI, *La Valoración Racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva jurídica, 2009.
- HERNÁNDEZ FORERO, FABIO, (s.f.). *La reforma del sistema penal. Una justicia coja con muletas norteamericanas*. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de http://www.deslinde.org.co/IMG/pdf/La_reforma_del_sistema_penal_una_justicia_coja_con_muletas_norteamericanas-_Fabio_Hernandez_Forero.pdf
- HESPANHA, ANTONIO MANUEL, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 24.
- LANGER, MÁXIMO, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the periphery", *The American Journal of Comparative Law*, 55(4), 617-676, 2007.
- LAUDAN, LARRY, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), 2005.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis Editores, quinta reimpresión, 2009.
- MAIER, JULIO, B. J., STRUENSEE, EBERHARD, "Introducción", en *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, (Ambos, Maier, Woischnik, coords), Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.
- MANCO LÓPEZ, YEISON, "La Verdad y La Justicia Premial en el Proceso Penal Colombiano", *Estudios de Derecho*, 69 (153), 2012, p. 191.
- MATTEI, UGO, "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Global Jurist Frontiers*, 3(2), 2003, p. 384.
- MIR PUIGPELAT, ORIOL, *Globalización, estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR, "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo", en *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia* (R. Uprimny Yepes, M. García Villegas, & C. Rodríguez Garavito), Bogotá, Norma, 2006.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, CESAR, "Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America", en *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law* (Y. D. Garth), New York, Taylor & Francis, 2011.

- SCHÜNEMANN, BERND, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 289-302.
- STIGLITZ, JOSEPH E., *El Malestar en la Globalización*. Madrid, Taurus, 2002, p. 34.
- TARUFFO, MICHELE, (s.f.). *Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial*. Recuperado el 5 de Mayo de 2013, de <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>
- TARUFFO, MICHELE, "Cultura y Proceso", en *Páginas sobre Justicia Civil*, (Maximiliano Aramburo Calle, traductor), Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 193 y 194.
- TARUFFO, MICHELE, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia Civil*, Bogotá, Temis, 2006, p. 6.
- VELEZ OSORIO, LUIS GONZAGA, *Otra Cara del Sistema Acusatorio Colombiano: Menosprecio de la Libertad Personal y Autoritarismo Penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012, p. 55.
- WHITMAN, JAMES. Q., "The Origins of "Reasonable Doubt", *Faculty Scholarship Series*, 2005, 169.