

**ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO EN COLOMBIA**
ANALYSIS OF THE STANDARDS OF EVIDENCE IN THE ACCUSATORY
CRIMINAL SYSTEM IN COLOMBIA

Liliana Blanco Mantilla¹

Javier Gómez Díaz²

Nombre del asesor

Denisse Herreno Castellanos

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

2024

¹ Octavo Semestre, pregrado, diploma en Derecho modalidad de grado, Programa de Derecho, Corporación Universitaria Remington, liliana.blanco.9209@miremington .edu.co.

² Decimo Semestre, pregrado, diploma en Derecho modalidad de grado, Programa de Derecho, Corporación Universitaria Remington, javier.gomez.1470@miremington .edu.co

RESUMEN

Los estándares de prueba (razonamiento inferencial, probabilidad verdad, conocimiento más allá toda duda) evitan vulneración a mandatos de optimización debido proceso, presunción inocencia, contradicción, aproximándose a la verdad, valoración hipotética y lógica del acervo probatorio (E.M.P., E.F., I.L.O.), legalidad, conducencia, pertinencia y fuerza demostrativa en debate etapa de instrucción juicio oral reglado por norma procesal penal para determinar certeza de más allá de toda duda. Así mismo, en virtud art. 381 CPP reza que “*Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”; conocimiento razonable establecido y reconocido por nuestra legislación. Es conocido que estándares de pruebas cuentan con un marco normativo claro y efectivo, brinda seguridad jurídica en procesos penales, pero lamentablemente legislador omitió tratar diversidad temas que generó vacíos en interpretación y aplicación de estos. El problema se configura en una inconsciente interpretación y aplicación de estándares probatorios, desigualdad probatoria entre fiscalía y defensa, incluso existiendo libertad probatoria, etapa formulación de imputación la defensa técnica no puede contradecir escrito de acusación, juez no tiene facultad denegarla, la falta marco normativo genera dificultad que ésta etapa se lleve de la mejor manera. El objetivo de éste artículo es comprender los retos que tiene abogado en desarrollo de estas audiencias respecto estándares probatorios, por falta de criterios taxativos legales omitidos por legislador, en entendido que es derecho constitucional, igualmente proponer recomendaciones en cuanto a necesidad del cumplimiento de estándares en sistema penal acusatorio colombiano, respecto sentencias judiciales y protección derechos fundamentales de acusados. Se desarrollará revisión tipo documental, desarrollada en marco teórico del derecho constitucional, probatorio, y jurisprudencial, haciendo uso métodos analíticos y hermenéuticos, a fin aportar criterios que debe adoptar abogados en general, frente tema de cumplimiento de estándares probatorios, específicamente frente ausencia normativa que se ha tenido por parte del legislador, y así preguntarnos ¿Cómo influyen estándares de prueba en el

sistema penal acusatorio de Colombia, en garantía de un proceso justo y protección de los derechos fundamentales de los acusados?

Palabras clave: Sistema acusatorio, proceso penal, estándares probatorios, justicia.

ABSTRACT

The standards of proof (inferential reasoning, truth probability, knowledge beyond all doubt) avoid violation of mandates of due process optimization, presumption of innocence, contradiction, approximation to the truth, hypothetical and logical assessment of the body of evidence (E.M.P., E.F., I.L.O.) , legality, conduct, relevance and demonstrative force in the debate stage of oral trial regulated by criminal procedural rules to determine certainty beyond all doubt. Likewise, by virtue of art. 381 CPP states that “To convict, knowledge beyond any doubt is required about the crime and the criminal responsibility of the accused, based on the evidence discussed at trial”; reasonable knowledge established and recognized by our legislation. It is known that evidentiary standards have a clear and effective regulatory framework, providing legal certainty in criminal proceedings, but unfortunately the legislator omitted to address diverse issues that generated gaps in their interpretation and application. The problem is configured in an unconscious interpretation and application of evidentiary standards, evidentiary inequality between the prosecution and defense, even if there is freedom of evidence, accusation formulation stage, the technical defense cannot contradict the indictment, the judge has no power to deny it, the lack of a regulatory framework It makes it difficult for this stage to be carried out in the best way. The objective of this article is to understand the challenges that lawyers have in developing these hearings regarding evidentiary standards, due to the lack of exhaustive legal criteria omitted by the legislator, understanding that it is constitutional law, and also to propose recommendations regarding the need to comply with standards in Colombian accusatory criminal system, regarding judicial sentences and protection of fundamental rights of the accused. A documentary-type review will be developed, developed within a theoretical framework of constitutional, evidentiary, and jurisprudential law, using analytical and hermeneutical methods, in order to provide criteria that lawyers in general should adopt, regarding the issue of compliance with evidentiary standards,

specifically regarding the absence of regulations that has been taken by the legislator, and thus ask ourselves: How do standards of proof influence the accusatory criminal system of Colombia, in guaranteeing a fair process and protection of the fundamental rights of the accused?

Key words: Accusatory system, criminal process, evidentiary standards, justice

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene síntesis de origen en los diferentes efectos que causa en el aparato judicial, es decir el sistema penal acusatorio colombiano, la interpretación de los estándares probatorios, desde la etapa de investigación hasta el juzgamiento, efectos de orden constitucional en cuanto a la vulneración de principios y procedimentales en cuanto a la norma positiva, por ende para poder analizar los estándares de prueba y su relación y/o efectos con el derecho penal colombiano dentro de la estructura ideológica del presente documento identificaremos los estándares de prueba, revisaremos su cumplimiento dentro de la norma procedimental con respecto a las sentencias y los analizaremos frente a la defensa de los derechos fundamentales de los acusados y así poder proponer recomendaciones para su cumplimiento.

Considerando que, los temas no tratados por el legislador referente a los vacíos normativos que existen en los estándares de prueba, sean resueltos y aclarados por las altas cortes, por lo que es necesario comprender la necesidad de garantizar que el cumplimiento de estos, sea de forma precisa para que el debate probatorio sea delimitado dentro del juicio y por ende el respeto por las garantías procedimentales se reflejen en los fallos de los honorables juzgados, por ende con este artículo, se busca proponer recomendaciones para el cumplimiento del escalafón de la prueba y su fuerza demostrativa dentro del procedimiento penal, con el fin de dar alcance real que merece los estándares probatorios como herramienta para llegar con elevada cercanía a la verdad.

El presente trabajo se desarrollará mediante una investigación jurídica, de enfoque cualitativo, en razón a que se busca analizar el problema planteado en este documento,

investigación de tipo documental, con relación al marco teórico concerniente al derecho constitucional, al derecho probatorio, y al pronunciamiento jurisprudencial; al igual, se revisará la Ley 599 del 2000, la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017, identificando algunos elementos que se puedan observar en el marco probatorio frente a los estándares de las pruebas en el sistema penal colombiano, para poder explorar los diferentes escenarios donde se relacionan los estándares de prueba y poder describir los efectos de los mismos en la colisión y/o representación de forma subjetiva de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información en un marco interpretativo y crítico, describiendo el ámbito de relación y los efectos para proponer recomendaciones para el cumplimiento del escalafón de la prueba y su fuerza demostrativa dentro del procedimiento penal.

Por lo anterior el papel que desempeñan los abogados defensores, fiscales y jueces, son muy importante al momento de tomar decisiones y/o administrar justicia, brindando el espacio para el diálogo, y proponiendo formulas razonables e imparciales para las partes. Gracias a esta labor se fortalece la cultura de acuerdos en la sociedad colombiana brindando confianza pública en la administración de justicia.

Por lo anterior, contar con un marco legislativo, completo, claro, y acorde con el desarrollo ideológico y social, permite a los administradores de justicia ejercer su función de forma directa, rápida y adecuada, garantizando los derechos fundamentales de las personas involucradas en los juicios orales en Colombia. ¿Cómo influyen los estándares de prueba (inferencia razonable, probabilidad de verdad y más allá de toda duda) en el sistema penal acusatorio de Colombia, en la garantía de un proceso justo y en la protección de los derechos fundamentales de los acusados?

Con el objetivo de Proponer recomendaciones en cuanto a la necesidad del cumplimiento de los estándares de prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, con respecto a las sentencias judiciales y la protección de los derechos fundamentales de los acusados, y así mismo Identificar los estándares de prueba dentro del marco del sistema penal acusatorio en Colombia, Revisar el cumplimiento de los estándares de prueba dentro del procedimiento penal acusatorio en Colombia, con respecto a las sentencias judiciales y Analizar los estándares de prueba frente a procedimientos que permitan el logro de la defensa de los derechos fundamentales de los acusados.

El cumplimiento y aplicación de los estándares de prueba en el sistema penal acusatorio en Colombia, es esencial para garantizar los derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso penal, como lo son: el derecho a una defensa adecuada, el derecho a un juicio justo y el derecho a la presunción de inocencia, ya que cumplir con estos estándares de prueba protege contra el abuso y arbitrariedad del poder estatal, de igual modo el cumplimiento y aplicación de los estándares de prueba es fundamental para acceder a un proceso justo y equitativo, basado en pruebas confiables y sólidas, asegurando que las personas sean absueltas o condenadas en función de la información legalmente obtenida, evidencia física y elemento material probatorio presentado y no por otros factores, de igual manera, el cumplimiento y aplicación de los estándares de prueba, es vital para prevenir condenas injustas, ya que una correcta aplicación de los estándares de prueba reduce el riesgo de condenar injustamente a personas inocentes, manteniendo así la integridad del sistema y asegurando que se haga justicia a las víctimas, así como a los acusados en el proceso penal, en otras palabras, aumentar la confianza pública en el sistema de justicia penal colombiano, es importante ya que genera transparencia, respeto del estado de derecho y cumplimiento de las decisiones judiciales.

En resumen, la aplicación y el cumplimiento adecuado de los estándares de prueba en los procesos judiciales, son una ficha clave para conservar la integridad y efectividad del sistema penal acusatorio en Colombia, garantizando así la protección de derechos de las personas, la justicia, la igualdad y la confianza pública en el sistema de justicia.

El presente trabajo se desarrollará mediante una investigación jurídica, de enfoque cualitativo, en razón a que se busca analizar el problema planteado en este documento, investigación de tipo documental, con relación al marco teórico concerniente al derecho constitucional, al derecho probatorio, y al pronunciamiento jurisprudencial; al igual, se revisará la Ley 599 del 2000, la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017, identificando algunos elementos que se puedan observar en el marco probatorio frente a los estándares de las pruebas en el sistema penal colombiano.

Se ubicará el trabajo en el marco de la escuela positivista y naturalista del derecho, utilizando el método hermenéutico para el estudio documental de la ley y la

jurisprudencia, y el método analítico para la proyección de las necesidades en cuanto al cumplimiento de los estándares de la prueba en el sistema judicial en Colombia.

El derecho probatorio ha evolucionado legal y socialmente en Colombia, y aunque el legislador reguló aspectos importantes sobre los estándares de las pruebas, hay varias teorías y principios del derecho penal y procesal penal, como las que conocemos como estándares internacionales de derechos humanos, que nos habla sobre los principios fundamentales del derecho penal, que son la presunción de inocencia, la carga de la prueba, por lo que por parte de la fiscalía implica responsabilidad en demostrar la culpabilidad del acusado más allá de una duda razonable, que es un estándar alto que requiere que el juez esté seguro de la culpabilidad del acusado antes de condenarlo, dado así las cosas los derechos humanos y la justicia internacional, incorpora el derecho a un juicio justo, defensa adecuada y la prohibición de tratos inhumanos, degradantes y torturas, por ende los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia en Colombia, analiza que los estándares de prueba en casos específicos, han influido demasiado en la evolución del sistema penal acusatorio en el país, sin embargo, el impacto social y económico en la aplicación de los estándares de prueba, ha generado en la sociedad la percepción pública y la confianza en las instituciones estatales, y que, al integrar estos elementos dentro del marco teórico sólido, se podrá realizar un análisis más comprensivo de los estándares de prueba en el sistema penal acusatorio, identificando áreas de fortaleza, áreas débiles, y posibles áreas de mejora, todo esto con el objetivo de garantizar una justicia efectiva, equitativa y respetuosa de los derechos humanos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. LOS ESTANDARES DE PRUEBA, RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

1.1 Concepto de los Estándares de Prueba

Ante la incapacidad del proceso de producir certezas, y bajo la obligación del juez de dictar una sentencia tenemos que aceptar que una vez finalizado el proceso pueda ocurrir que: se haya acreditado la culpabilidad del imputado, se haya acreditado su inocencia, o que no se consiga aclarar ninguna de las hipótesis controvertidas.

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

Parece más acertado, pues, sostener que las cláusulas que hacen inclinar la balanza a favor del procesado a costa de su contraparte acusadora, no obedecen tanto a la necesidad de lograr una igualdad de armas, sino más bien a reducir el riesgo inherente por demás- de cometer un error judicial, traducido concretamente en una falsa condena, o una falsa absolución. El error judicial es un riesgo inherente al proceso, pues como ya dijimos, el proceso cuenta con una serie de “impurezas procesales o institucionales” (Muñoz Conde, 1998) que hacen del mismo un instrumento inidóneo para encontrar la verdad real. Es por esto que se dice que “el objetivo principal del derecho penal de averiguar la verdad sobre la comisión de un delito es una premisa contra fáctica” (Laudan, 2011, pág. 59).

Es cierto que una defensa probatoriamente sólida puede servir de freno frente a arbitrariedades judiciales y como muro de contención frente a un ejercicio desmedido del poder punitivo; pero el fin de búsqueda de la verdad es insuficiente para justificar por sí mismo la existencia del proceso penal, de ahí que esta –la búsqueda de la verdad- deba subordinarse a la búsqueda de otros fines. Entonces el proceso penal tiene fines ulteriores a la verdad, como lo son los valores no epistemológicos, y la protección del procesado. Es claro que para el cumplimiento de estos fines se hace indispensable un mecanismo de cláusulas, Ahora bien, habiendo dicho que el proceso penal tiene implícita la posibilidad de error, se hace luego necesario examinar los costos del mismo para hacerlo coherente con los fines no epistemológicos.

Para esto se hace necesario detenerse en el fin procesal de la distribución del error, entendido este como la atribución de las consecuencias desfavorables a una de las partes cuando se esté frente a un escenario de duda. El estándar de prueba aparece pues como

forma de distribución del error, y no es en modo alguno un medio de encontrar la verdad, es la pauta que le dice al juez cómo proceder cuando no se establezca tras el proceso un determinado grado de solidez de la hipótesis acusatoria con base en las pruebas válidamente aportadas. El papel del estándar de prueba (independientemente de cuál sea el que se adopte) no es reducir el error, ni aumentar el conocimiento judicial, sino cómo distribuir ese error que ya existe (Laudan, 2006, pág. 28). Según López (2016): “Así las cosas el estándar de prueba es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados” (p. 10).

1.2 La Constitución y la Ley frente al concepto de los Estándares de Prueba

La Corte Constitucional ha reiterado que, por lo general, los derechos fundamentales no tienen carácter irrestricto y pueden ser afectados para lograr otros intereses constitucionalmente relevantes, como el esclarecimiento de las conductas punibles, entre otros.

De esta manera lo expone en la sentencia C-336 de 2007:

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurarlas reglas orientadas a regularla actividad investigativa del Estado” (Corte Constitucional, C-336, 2017).

Como es apenas natural, el ordenamiento superior, caracterizado por su generalidad, fija parámetros amplios, que deben ser específicamente reglados por el legislador y, finalmente concretados por el funcionario judicial. La mayoría de límites constitucionales a los actos de investigación están asociados a la reserva judicial 32 y a

la observancia de las previsiones legales. Además, el ordenamiento superior consagra, de manera implícita, una pauta interpretativa ineludible, orientada a evitar limitaciones innecesarias o desproporcionadas de los derechos fundamentales.

El desarrollo del principio de proporcionalidad supone la verificación de tres aspectos fundamentales frente a las actuaciones que comprometan garantías superiores:

(i) debe verificarse la idoneidad del procedimiento para alcanzar el fin buscado;

(ii) debe establecerse que no existan otros mecanismos menos lesivos para las garantías ciudadanas, que permitan alcanzar el mismo fin,

(iii) debe constatarse que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de derechos que el acto de investigación implica.

Este análisis debe ser incluido en la motivación escrita de la orden y en las actuaciones ante el juez de control de garantías,

El artículo 250 de la Constitución Política consagra como regla general que la afectación de derechos y garantías constitucionales para la obtención de elementos materiales probatorios u otro tipo de información debe ser autorizada previamente por el juez de control de garantías (Bedoya, 2008).

1.3 Los Estándares de Prueba según la ley 599 del 2000 y la ley 906 de 2004.

1.3.1. Inferencia razonable.

Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación: El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga (CPP, 2004)

1.3.2. Probabilidad de verdad.

Artículo 336. Presentación de la acusación: El fiscal presentará el escrito de

acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

1.3.3. Conocimiento más allá de toda duda.

Artículo 381. Conocimiento para condenar: Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

2. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.

2.1 Los Estándares de Prueba en la Etapa de Investigación.

Al recibir la noticia criminal el fiscal tiene el primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes que se supone han ocurrido³ en la sociedad y frente a los que, utilizando los medios de acreditación obtenidos a través de actos de investigación, tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible para tomar las decisiones que correspondan. Si decide ejercer la acción penal, esto es, someter la pretensión al juez de conocimiento mediante la acusación; tendrá que presentar al juez el conocimiento de los hechos. En todo caso, es necesario recordar que “Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba a realizar durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica correspondiente, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”. En este sentido el conocimiento jurídico, las habilidades retóricas, los recursos argumentativos o incluso el acierto en la escogencia de la norma jurídica aplicable al caso, resultan inútiles si no proporcionan un acercamiento suficiente a lo ocurrido en la realidad. Es necesario comprender que una actuación o un comportamiento del fiscal que descuide la prueba de los hechos no puede ser útil para solucionar el conflicto que esos hechos objetivos materializan. Dado que

un fiscal que presenció los hechos tendría que asumir el rol de testigo y no podría por tanto ser el encargado de la acusación, es posible concluir que una primera función de las evidencias físicas y de la información legalmente obtenida, es brindar al titular del ejercicio de la acción penal el conocimiento de los hechos, pues a partir de este se decide si es necesario formular imputación, presentar acusación, solicitar la preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad, entre otros aspectos. Si el fiscal decide que existe afectación de derechos fundamentales⁷ tendrá que transmitirle al juez de control de garantías un nivel de conocimiento de los hechos tal, que le permita aproximarse a los acontecimientos penalmente relevantes, con el fin de que, dentro de los límites de la inferencia razonable, se justifique la afectación de esos derechos y garantías, de acuerdo con la fase de la actuación y con el tipo de solicitud que se esté presentando. Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción. En este sentido, la labor del fiscal consiste en presentar el conocimiento de los hechos; teniendo en cuenta que estos deben ser descubiertos en forma oportuna, obtenidos legalmente y utilizando medios probatorios pertinentes que deben ser presentados de acuerdo con las reglas que rigen el debate (Bedoya, 2008).

Así las cosas, el ente acusador se soporta su andamiaje probatorio de la teoría del caso en una estructura que está delimitada en dos estándares probatorios que avanzan dependiendo la cuerda procesal siendo el de inferencia razonable en la diligencia de formulación de imputación y el estándar de probabilidad de verdad en la audiencia de formulación de acusación.

2.2 Los Estándares de Prueba dentro de la Audiencia de Formulación de Imputación.

Los derechos fundamentales consignados en la Constitución Política de Colombia de 1991 son criterios determinantes sobre los cuales se basa la aplicación y desarrollo del proceso penal de la formulación de imputación, con el fin de garantizar su cumplimiento y evitar así vulnerar dichos derechos de las partes intervinientes. Así pues, se hará referencia a cada uno de estos derechos y su relación con la formulación de imputación (C.P, 1991).

El derecho al debido proceso, legalidad, favorabilidad, derecho de defensa y su presunción de inocencia están regulados en el artículo 29 de la constitución política el cual establece que en el caso del debido proceso debe ser aplicado en todo proceso judicial y administrativo, su relación con la formulación de imputación determina que la persona vinculada al proceso tiene derecho a conocer las razones por las cuales se está investigando, así mismo de aportar las pruebas que considere necesarias al proceso desde el momento en que inicia la investigación, ya que debe presumirse inocente hasta que se demuestre lo contrario, toda vez que la persona indiciada adquiere el derecho a la defensa desde el inicio del proceso. El derecho al debido proceso tiene gran relevancia en la formulación de imputación, pues este derecho busca asegurar la protección del indiciado y defender la sociedad, tratando de mantener el orden social y jurídico, además de observar que los pasos dispuestos en la ley, los procedimientos judiciales y las formalidades propias de cada etapa o juicio cumplan con las exigencias y condiciones legales, ya que la persona imputada solo podrá ser juzgado por las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

En el derecho a la defensa material, garantizado en cabeza de la persona indiciada, tiene la oportunidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para extender y ejercer el derecho mencionado anteriormente, considerando que nadie está obligado a declarar contra su persona o contra sus parientes, ni aceptar los cargos por los cuales es investigado. La defensa técnica, exige la asistencia de un abogado ya sea de confianza o de oficio, y tiene como finalidad garantizar los principios de igualdad de las partes y de contradicción. En la Ley 906 del 2004 se encuentra regulado el derecho a la defensa en el artículo 290 el cual establece que el imputado puede preparar de manera eficaz su actividad procesal, sin necesidad de solicitar la práctica de pruebas (Ley 906, 2004).

En el artículo 8 de la convención americana de derechos humanos establece que toda persona tiene derecho a ser oída y a expresar su defensa personal o ser asistida por un defensor privado o delegado asignado por el estado, como garantía al derecho del debido proceso penal que hace eficaz y eficiente la defensa material de la persona investigada. El derecho al buen nombre y a la honra son derechos regulados en los artículos 15 y 21 de la constitución política de Colombia, el buen nombre es un bien jurídico importante integrado en el patrimonio moral de una persona y fundamentado

en sus valores personales, de pensamiento y actuación. En la protección de este derecho, al realizarse una transmisión de información errónea se afecta la buena imagen o fama de la persona en la sociedad, además de generar un impacto negativo en la comunidad.

En la jurisprudencia constitucional se ha establecido la causa de afectación del derecho al buen nombre viéndose afectado por una aplicación y validación errada en los procedimientos realizados en la investigación para la audiencia de formulación de imputación. En cuanto al derecho a la honra puede ser afectado por la actividad material volviéndose fuente de daños antijurídicos debido a la divulgación de información incompleta, reservada y a la violación de los derechos fundamentales de su núcleo esencial en la sociedad, y al mal procedimiento del manejo y control de la información. Según la Corte Constitucional:

“Formulada la imputación se inicia oficialmente la etapa de investigación, fase en la cual se practicarán las diligencias que permitan establecer la forma como ocurrieron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los mismos se presentaron, los implicados en su condición de autores o partícipes, los daños y perjuicios ocasionados con la conducta y el monto de la indemnización. En esta fase el imputado puede aceptar los cargos presentados por la Fiscalía o rechazarlos. La aceptación total de los cargos formulados con la imputación permite la protocolización inmediata de la acusación y no tendría lugar la etapa de investigación” (C-559 de 2019 Corte Constitucional)

En la T-400 de 2018 donde el problema jurídico radica en la vulneración al debido proceso y al acceso de la administración de justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación ya que este órgano es obligado a realizar la investigación de los hechos que contemplan los parámetros de delito cuando tenga conocimiento de las mismas por denuncia, petición especial, querrela o de oficio, y que existan razones para adelantar la acción penal (Irriaga, 2023)

Por ende, el artículo 287 del código de procedimiento penal (ley 906 del 2004) regla de forma taxativa el estándar de prueba en el que se debe elevar el escrito de formulación de imputación se puede afirmar que la inferencia razonable de autoría y participación, como el primer estándar probatorio exigible en el normal desarrollo del procedimiento

penal, es una conexión primigenia de los hechos investigables con el procesado, en la medida que debe existir un respaldo probatorio de la participación de la persona imputada con unos hechos de relevancia penal, incluso en etapas iniciales del proceso. Esa conexión es inferencial y sobre el cual pueden existir dudas u otras hipótesis factibles que no descartan su enervación. Ello es así, ya que este estándar brinda claridad sobre la posibilidad de la comisión de los delitos imputados y no sobre el nivel de responsabilidad que tiene la persona ante ellos (Parra, 2023).

2.3 Los Estándares de Prueba dentro de la Audiencia de Formulación de Acusación.

La Audiencia de Formulación de Acusación es un acto procesal público y oral, celebrado ante un Juez de conocimiento, mediante el cual, la Fiscalía le atribuye formalmente al procesado la comisión de un delito, adquiriendo este la calidad de acusado. Así, la acusación debe constar de manera escrita y debe correrse traslado de este documento a cada una de las partes, el cual puede ser previo a la audiencia o concomitante.

La acusación realmente representa el inicio de la etapa de juicio, cuyo desenlace y culminación, se producirá con la audiencia preparatoria y de juicio oral. La acusación tiene una importancia fundamental dentro del litigio penal, dado que, a partir de esta fase, el ente acusador realiza el descubrimiento probatorio y fija una postura formal frente al aspecto factico y jurídico de la teoría del caso que pretende seguir, eso teniendo en cuenta que a diferencia del escrito de formulación de imputación, la carga demostrativa del documento y toda la actuación en sí, versa sobre el estándar de probabilidad de verdad que se soporta y que es la diferencia de la diligencia antes mencionada es la presentación del acervo probatorio, lo que permite que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida eleve disminución del error en cuanto al análisis del censor.

Para ello el ente acusador está limitado al artículo 337 del código de procedimiento penal en cuanto a los requisitos.

De esta forma, el análisis del escrito de acusación por parte del abogado penalista experto, determinará la realidad legal y la mejor estrategia de defensa.

La Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre la audiencia de formulación de la acusación señalando que, se considera una actuación que sigue después de la imputación, sin que intervengan un allanamiento, preacuerdo o una negociación sobre la responsabilidad. Así, se concibe como un procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, donde se garantiza la unidad jurídica y conceptual del proceso, se limita lo que será desarrollado en el juicio y se fijan los parámetros para la contradicción. El estándar de *probabilidad de verdad*, en palabras del profesor José Suárez, comprende la concatenación lógica de hechos y pruebas que precisen un acercamiento a una verdad aparente. Sin embargo, aún aquí no se ha alcanzado el grado de convencimiento más allá de toda duda razonable, pues en este grado los balances de convicción siguen oscilando alrededor de lo más o lo menos. Es por esto que algunos consideran que la *probabilidad* no puede ser estimada como un grado de conocimiento propiamente dicho, sino más bien como un grado de argumentación, donde se disputan posturas a favor y en contra de una hipótesis factual. De esa forma, la probabilidad de verdad será un ejercicio argumentativo del cual se desprenden mayores manifestaciones discursivas a favor de que determinada tesis sea verdadera y menores argumentos que la desvirtúen (Parra, 2023).

2.4 Los Estándares de Prueba en la Etapa del Juicio Oral.

El juicio oral es la etapa o audiencia decisiva del proceso judicial en la que se determina la inocencia o culpabilidad de la persona imputada, es decir, se dicta sentencia en la que se condena o absuelve al acusado, y como en toda actuación judicial deben prevalecer los derechos constitucionales, en este caso hacemos mención de lo que estipula la Constitución Política de Colombia en su art. 29:

[T]omar una decisión sobre los hechos probados de un caso depende de la aplicación del estándar de prueba previsto para el proceso en cuestión.

En otros términos, necesitamos determinar si el grado de corroboración de la hipótesis fáctica de la que se plantea su prueba alcanza o no el umbral de suficiencia probatoria previsto. Y para ello resulta fundamental determinar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar o dar cuenta de los mismos datos fácticos conocidos y si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas suficientes o no. Bajo los estándares probatorios, lo que garantiza el derecho penal es la toma de decisiones y restricciones a derechos humanos bajo un conjunto adecuado de piezas que poseen un conocimiento de los hechos sucedidos en el pasado. Tal vez, al iniciar una investigación criminal, el ente competente constataría elementos de convicción que retratan una sola perspectiva. Mientras que, al finalizar el juicio oral, para dictar sentencia penal, el juez tendría un abanico de elementos de prueba, provenientes del ente acusador, de las víctimas y de la defensa, que ilumina la concreción de un hecho determinado. Pareciera entonces que el estándar probatorio es como un embudo que crece según la evolución del procedimiento penal¹³.

En ese entendido, recolectar perspectivas conduce a la construcción correcta de una presunta realidad retratada por los medios de prueba allegados a la actividad investigativa dentro del procedimiento penal.

La Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, CPP) regulo distintos estándares probatorios como respuesta a los factores de construcción sesgada de la verdad. Estos requisitos objetivos fundamentarían las decisiones judiciales que restringen garantías fundamentales.

El más conocido es aquel consagrado en el artículo 381 de ese cuerpo normativo, consistente en un "conocimiento más allá de toda duda", el cual se encuentra estipulado como estándar para proferir una condena, sin que el mismo sea el único existente en Colombia. Aunque pareciera que no se pueden comparar *la inferencia razonable* con *la probabilidad de verdad*, lo cierto es que ambas relacionan lógicamente la hipótesis factual y las pruebas a medida que avanza el proceso penal y, por ende, es posible realizar una graduación de las mismas en relación con su etapa, quedando en evidencia que la segunda es más exigente probatoriamente que la primera. Ello en tanto que *la probabilidad de verdad* hace referencia a -aunque pueden existir otras hipótesis- la

inclinación de la balanza probatoria hacia la responsabilidad del procesado que, hacia las otras hipótesis existentes en el proceso, siendo posible aún la presencia de dudas razonables en la responsabilidad del sujeto activo que se ha acusado.

Finalmente, el estándar "conocimiento más allá de toda duda razonable" se erige como el umbral que la legislación colombiana ha consagrado para condenar a una persona. Es decir que el juzgador, a partir de los medios de convicción, debe verificar la existencia de un conocimiento real, claro, exacto y potencial sobre la participación del sujeto en la conducta delictiva para condenar, en consonancia con el artículo 381 CPP. A falta de este conocimiento, el juzgador deberá aplicar los principios del derecho penal o las reglas jurisprudenciales que garanticen la libertad en escenarios de dudas factuales.

Este ha sido uno de los estándares más controvertidos y analizados por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en atención a la calidad de la decisión que se toma por medio del mismo: sentenciar a una persona a cumplir una pena, cualquiera que ella sea (Parra, 2023).

3. ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA CON UN MÉTODO CUALITATIVO DE TEORÍAS FUNDAMENTADAS.

La teoría racional de la prueba se ha desarrollado de una manera casi sorprendente en los últimos diez años. A pesar de la inercia que existe en la academia procesal sobre los problemas probatorios, es claro que muchas ideas que han sido parte de la agenda intelectual de los teóricos racionales han permeado las discusiones en diversas latitudes. En el ámbito hispanoamericano sin duda el trabajo de Ferrer ha sido esencial. Esa esencialidad se refleja en la publicación de "Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso". Por cierto, el libro es un complemento perfectamente diseñado para las obras "Prueba y verdad en el Derecho" (originalmente publicado en 2003) y "La valoración racional de la prueba" (2007). No es poco decir de un autor que pueda mantener una cierta consistencia en tantos años de vida y de debates académicos. Sin duda, estamos ante una obra en sentido estricto puesto que es posible reconocer un ideario defendido por Ferrer cada vez con mayor acuciosidad y precisión.

Nada de esto quita que el potencial mayor de este trabajo es, sin duda, la discusión de los detalles de una teoría de la prueba y en particular de una comprensión sobre la formulación de estándares de prueba. En este trabajo, en sentido estricto, no pretendo discutir de fondo al autor. Creo que las ideas de Ferrer se defienden por sí mismas con solvencia y creo que el ejercicio académico más honesto que puede hacerse con este trabajo es el de “empujar” las tesis ofrecidas a campos que parecen relevantes para la articulación de una amplia teoría racional de la prueba.

En este caso me parece que el ámbito de la justificación de las llamadas “medidas cautelares” puede resultar importante desde un punto de vista puramente teórico como desde un punto de vista pragmático. El punto de vista teórico más relevante, a mi juicio, está constituido por la necesidad en la que los tribunales se encuentran, cuando resuelven solicitudes cautelares, de hablar acerca del futuro. Es el clásico problema en torno a la idea de peligro en materia procesal.

Creo que existe también una dimensión pragmática en la que esta discusión es relevante. El uso de medidas cautelares es central en el trabajo cotidiano de los tribunales de justicia en el ámbito hispanoamericano. Las discusiones sobre eficiencia y sobre racionalidad de diversos procedimientos pasan persistentemente por las condiciones bajo las cuales los jueces deciden solicitudes cautelares. Creo que esta óptica pragmática puede ser nutrida con un punto de vista básico de la obra de Ferrer: allí donde existan pretensiones de racionalidad debe entenderse concurrente un escenario probatorio. Solo de este modo podrán satisfacerse de un modo efectivo las exigencias vinculadas al debido proceso.

3.1. Los Estándares de Prueba en Etapas Intermedias

La construcción de estándares de prueba constituye el desafío más importante de una articulación o comprensión racional de la actividad judicial conforme con las premisas existentes en el trabajo de Ferrer. Desde hace varios años la doctrina de la llamada teoría racional de la prueba ha puesto el acento en la necesidad de construir una comprensión del proceso que sea compatible con la existencia de estándares probatorios objetivos que permitan el control intersubjetivo de la decisión judicial.^[3]

Este cometido ha supuesto un intento muy extendido por responder a la pregunta sobre los modos de construcción de estándares probatorios y sobre la manera en que debemos entender el contenido de estas reglas. En gran medida, este es el objetivo del trabajo de Ferrer: ofrecer un intento completo de respuesta a las preguntas esenciales relativas a la formulación de estándares de prueba.^[4]

En esa empresa no es extraño que el autor advierta que esta clase de reglas resulten consustanciales al escenario de toda exigencia de justificación racional. Así, ya en una nota al pie Ferrer reconoce que:

En todo caso, vale la pena recordar que esos tres momentos o fases no solo se presentan a nivel macro, teniendo en cuenta todo el proceso y concluyendo con la sentencia final, sino también respecto de otras decisiones intermedias, como por ejemplo las medidas cautelares. (Ferrer, 2021, p. 22, n. 11)

Creo que este pasaje puede ser interpretado como una muestra de conciencia sobre los campos múltiples en los que las exigencias del razonamiento probatorio se despliegan. En todo proceso judicial podemos encontrar diversos contextos probatorios que probablemente exijan formular estándares también diversos. Quisiera poner a prueba el rendimiento de la tesis de Ferrer en el campo de lo que creo podemos llamar “el razonamiento cautelar”. Creo que este asunto puede ser teóricamente importante: me parece que, en el trabajo de Ferrer, como suele pasar, el acento de la formulación de estándares probatorios mira con intensidad al pasado. Es posible reconocer en el trabajo del autor una comprensión marcadamente retrospectiva en la construcción de la premisa fáctica y esa comprensión no es del todo pacífica u obvia cuando hablamos de decisiones cautelares.

En algún sentido, la corroboración como acción típica de la prueba jurídica ha sido vista como un ejercicio de indagación desde el presente hacia el pasado. Los enunciados acerca de los hechos del caso permitirían “reconstruir” la realidad en un contexto lingüístico determinado. De esta manera podemos explicar la tendencia por comprender la actividad probatoria como un ejercicio de reconstrucción de narraciones acerca del pasado.

Entenderé por “razonamiento cautelar” al ejercicio desplegado por los jueces en el proceso de justificación racional de las decisiones intermedias llamadas “cautelares” o “medidas cautelares”. Me refiero a aquellas decisiones procesales accesorias e instrumentales al objeto principal del juicio, que son adoptadas atendiendo a criterios tales como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Me parece que el razonamiento práctico general admite una dimensión de “cautela”, en la que resulta relevante tener en cuenta que en ocasiones se enfrentan decisiones que se justifican con independencia de la decisión de fondo o definitiva.

En el campo jurídico estas decisiones de emergencia, instrumentales a fines procedimentales, suelen tomar la forma de la llamada “tutela cautelar”.

Las medidas cautelares son una manifestación de esta clase de tutela y suelen acompañarse del reconocimiento de la urgencia de ciertos intereses en un contexto del procedimiento. Es decir, parecen describir un escenario particular de decisión judicial en la que debe justificarse el cuidado de un interés jurídicamente relevante sin pretensiones de “definitividad”. Así visto, tendríamos, por una parte, el escenario de la decisión judicial “de fondo” y, por otro lado, el escenario de la decisión judicial “urgente”. Cada uno de esos contextos necesita ser observado desde el punto de vista probatorio.

Creo que los argumentos expuestos por Ferrer pueden ser útiles en el contexto del establecimiento de criterios probatorios en ese ámbito. Este ejercicio supone superar los clásicos eufemismos en materia de análisis de las medidas cautelares. Es decir, a pesar de que en muchos sistemas jurídicos se suele asociar la decisión cautelar, a elementos “diversos a la prueba” es decir, a antecedentes, datos e información sobre los hechos que no serían estrictamente “pruebas”, creo que se trata de una idea errónea: la prueba concurre donde concurren exigencias de racionalidad y verificación de una premisa de hecho.

En parte, creo que esta clarificación nos permitiría abordar con mayor precisión el problema central del uso de las medidas cautelares, las que sin sujeción a criterios de control intersubjetivos no pueden superar las exigencias del debido proceso tornándose arbitrarias y misteriosas de cara a los justiciables y los abogados.^[7]

Como he dicho, no quisiera proponer una visión crítica del trabajo de Ferrer, sino que pretendo ensayar una proyección de los requisitos metodológicos propuestos por Ferrer

en el campo cautelar. Creo que el primer paso para una teoría de la prueba del ámbito cautelar debe diseñarse de manera general, es decir, teniendo en cuenta la estructura general de las medidas cautelares civiles, penales o de cualquier ámbito y por tanto su correlación con los supuestos teóricos construidos para la formulación de estándares probatorios.

Así las cosas, utilizaré los presupuestos metodológicos expuestos por Ferrer para dar forma a la exploración sobre condiciones probatorias del ámbito cautelar.

3.2. Capacidad Explicativa de los Datos

La capacidad explicativa de los datos supone formular un juicio sobre el sentido de la información disponible en el contexto del razonamiento acerca de los hechos. Los datos probatorios son vestigios acerca del mundo de los fenómenos físicos. El razonamiento probatorio supone verificar el nivel de confianza depositado en una narración, es decir, en un contexto puramente semántico.

Los datos deben ser revisados a la luz de algún criterio que lleve la indagación sobre los hechos y que depende, en gran medida, de la existencia de un umbral que dote de sentido a la decisión sobre los hechos. El trabajo de Ferrer es un trabajo que se aboca a la formulación de un criterio que guía la evaluación de una narración probatoria, este criterio conocido como estándar probatorio, debe permitir cierta organización relativa a los niveles o grados de confianza que el conocimiento acerca de los hechos permite en el contexto judicial.

Los grados de confianza no hacen referencia al conocimiento “empírico” sino que hacen referencia al nivel de confirmación de los enunciados que componen la narración del caso, en sentido probatorio.

El debido proceso, en alguna medida, es un modo de construir una expectativa jurídicamente relevante en torno al ritual de la justicia sobre todo cuando esta se trata de definir los niveles de confianza colectivamente aceptados para sostener que un enunciado acerca de los hechos es verdadero.

La tutela cautelar es un ejercicio jurisdiccional que se encuentra dentro del marco de las expectativas que surgen de la noción de debido proceso. De este modo resulta evidente que toda medida cautelar debe sujetarse a las exigencias de racionalidad

propias de toda decisión racional construida sobre la idea de “confianza” en los datos disponibles para confirmarla.

Por más que ciertas legislaciones e incluso alguna doctrina se esfuercen en intentar conciliar las exigencias del debido proceso a un escenario de decisión judicial desprovisto de los marcos analíticos de la teoría de la prueba, es claro que para adoptar una medida cautelar existen datos, medios, vestigios o evidencias que pueden justificar la decisión cautelar.

El principal cometido en el primer paso metodológico destacado por Ferrer es excluir criterios subjetivos para la decisión. Esto debe ser interpretado como un llamado a la estricta racionalidad de las decisiones procesales, y con ello también de las decisiones sobre cautela.

De esta manera, deberíamos desterrar del campo de las decisiones procesales al convencimiento psicológico del juzgador: del convencimiento psicológico del juzgador sobre p no se infiere nada sobre la verdad de p ni tampoco del grado de corroboración que las pruebas aportan a p . Por cierto, no se trata de negar la relevancia de la subjetividad en el sentido de mecanismos de acción atribuibles a un individuo, sino de dejar de lado el mundo de los pensamientos injustificados, es decir, dejar de lado la construcción de decisiones sin control, para reemplazarlo por un escenario objetivamente determinado el campo de la prueba de los hechos. Así, se trata de reconocer dos ejercicios fundamentales:

- a) ¿Es posible inferir lógicamente la verdad de los enunciados que pretenden justificar la medida cautelar?
- b) ¿Cuál es el grado de corroboración que las pruebas otorgan a la hipótesis que justifica la cautela?

El primero de los puntos mira al establecimiento de conclusiones justificadas desde el punto de vista lógico que permitan afirmar una relación entre los datos o vestigios disponibles y la verdad, en sentido semántico, que podemos asociar a esas conclusiones. Como he apuntado antes, no se trata de una afirmación “empíricamente comprometida”, sino de una afirmación que vincula la existencia de propiedades típicamente lingüísticas a un fenómeno de verdad como correspondencia.

El segundo de los puntos mira al nivel exacto de confirmación que surge de la existencia de un criterio que establece un umbral probatorio con el establecimiento de conclusiones justificadas en el primer sentido. Esto quiere decir que el segundo de los puntos define el destino de una decisión en términos probatorios y por tanto queda también determinado por la necesidad de reconocer una cierta “fisonomía” de la decisión de la que se trata. En materia cautelar, la decisión judicial se encuentra en posición de enfrentar expectativas “urgentes” y, por tanto, debe construirse como una decisión justificada pero que además responda de manera rápida a la necesidad de tutela judicial. En este sentido, es una clase de decisión urgente que asume una cierta tipología de error probatorio. Ese error probatorio queda definido por la concurrencia de márgenes de incertidumbre propios de la admisión de enunciados probatorios “prospectivos”. Es decir, narraciones relativas a eventos que no han ocurrido por que se encuentran en el futuro.

El futuro, como objeto el razonamiento humano, no resulta pacífico en tanto escenario para desplegar inferencias probatorias que justifiquen conclusiones en el ámbito de la decisión judicial. Es posible pensar que, en algún sentido, los hechos situados en el futuro, en realidad, no son hechos. La fenomenología de los eventos parece suponer un compromiso relativo al “efectivo acaecimiento” del objeto de nuestra experiencia.

En materia de tutela cautelar, es claro que una serie importante de hipótesis de hecho que justifican la acción judicial se encuentran situadas en el futuro. Esto implica, que los jueces deben razonar con una matriz que les obliga a entender “los hechos” como situaciones que a pesar de que no han ocurrido, pueden conocerse con el mismo grupo de razones con las que se conoce el pasado. El futuro es incierto. Esto quiere decir, que, en algún sentido, el futuro no está compuesto por eventos que podamos “conocer”.

La distinción entre experiencia y conocimiento permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

La experiencia, por una parte, y conocimiento por otra, parecen también vincularse a la efectiva existencia de los eventos que sean objeto de nuestro razonamiento. Esto querría decir que la experiencia siempre y en todo caso depende de la efectiva realización de hechos en el mundo natural (incluyendo de este modo hechos propiamente de la naturaleza como hechos atribuibles a agentes). El conocimiento a la experiencia. En

materia de prueba lo que puede conocerse, en realidad son enunciados y no fenómenos. Esto permitiría entonces, superar la atadura impuesta por la efectiva realización de los eventos al razonamiento probatorio, Y permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

Entonces la pregunta, fundamental en el contexto de las decisiones judiciales, es cómo los datos disponibles en un acervo probatorio propiamente cautelar podrían justificar una decisión en la que de algún modo se afirma que es posible confiar en un enunciado que alude a un evento que no ha ocurrido. Con ciertos matices, esto ocurre a propósito de la noción de “peligro”, que se encuentra presente en el ámbito de la cautela civil como en el ámbito de la cautela penal. El peligro relativo a la distracción de bienes, o el peligro relativo a la fuga del imputado, el peligro de burlar la efectiva ejecución de la sentencia en materia civil o el peligro de manipular y destruir evidencias tanto en el ámbito civil como penal obliga a los jueces a ofrecer argumentos controlables sobre la capacidad de los datos del presente de confirmar la existencia de un evento en el futuro. Esto es particularmente problemático si se asume, como suele ocurrir, que el razonamiento probatorio en realidad permite ofrecer conclusiones basadas en modelos de probabilidad fenoménica o relativa a eventos y no en modelos de probabilidad relativos al grado de confirmación de enunciados sobre hechos.¹⁹¹

Creo que es intensamente importante, entonces, asumir que la fisonomía de la decisión cautelar es capaz de “presionar” el sentido de los datos disponibles, permitiendo al juez usarlos como vestigios que sirvan para confirmar enunciados sobre hechos no acaecidos. Es posible, que en este ámbito lo que los jueces enfrentan, de manera corriente, sea la identificación de patrones o frecuencias de eventos. Las frecuencias aluden a “cadenas” o “relaciones” entre eventos que permiten, en algunos casos, anticipar acaecimientos.

Esa anticipación, pasada la información existente, probablemente sea lo más cercano a un modelo de razonamiento probatorio que sea capaz de aludir a eventos futuros. El futuro es imposible de controlar porque es incierto, y porque en realidad no está compuesto de “eventos”. Los hechos del mundo natural no son en realidad objeto de razonamiento probatorio. Por lo tanto, el razonamiento esperado para los jueces del ámbito cautelar es un razonamiento intensamente comprometido con una visión

“semántica” de la verdad. La decisión cautelar, debe justificarse siempre y en todo caso, en la construcción de una premisa de hecho, y esta premisa debe enfrentar el desafío de resolver el puzzle de la existencia de frecuencias construidas con enunciados lingüísticos que permitan confirmar razonablemente la existencia de un patrón, que permita a su vez sostener que está justificado esperar que un evento se produzca en el futuro.

3.3. Umbral de suficiencia

Una de las funciones centrales del estándar de prueba es determinar un umbral de suficiencia probatoria de manera de definir un criterio que permita el control de la decisión. Solo es posible realizar un control efectivo sobre las decisiones judiciales, en la medida que pueda conocerse el límite exacto a partir del cual el tribunal puede declarar una hipótesis de hecho (globalmente considerada) probada.

Sería discutible que estemos ante un proceso propiamente dicho si no podemos identificar el criterio de suficiencia probatoria, que define a la actividad de incluir, valorar y decidir acerca de los hechos en el contexto judicial. Es un lugar común en la doctrina sobre prueba sostener que una demanda mínima de racionalismo y control intersubjetivo de la decisión depende de la formulación de una regla de estándar de prueba. Esa formulación, entre otros, debe ser capaz de ofrecer un umbral, esto es, debe descifrar con claridad cuánta evidencia es necesaria y qué tipo de evidencia es suficiente para justificar una decisión.

En el ámbito cautelar esto es interesante. La decisión cautelar requiere el establecimiento del umbral de suficiencia relativo a la concurrencia de datos que permitan confirmar, en un nivel aceptable, la justificación de la decisión judicial que por ejemplo supone afectar bienes o intereses personales de las partes en un procedimiento.

Como hemos sostenido anteriormente, a diferencia de lo que ocurre corrientemente en las sentencias “de fondo” existe una sección de la decisión cautelar que obliga a razonar sobre el futuro: el peligro de acaecimiento de un hecho que no ha tenido lugar.

La decisión cautelar entonces tiene al menos dos dimensiones: de un lado, existe razonamiento probatorio vinculado a datos disponibles a medios probatorios que se dirigen a la confirmación de los enunciados propiamente cautelares constituyendo estos un “caso en sí mismo”. De otro lado, existe una dimensión en la que estos datos

existentes deben permitir corroborar una hipótesis sobre eventos situados en el futuro. Como hemos apuntado, el futuro es incierto, es desconocido, no está compuesto por eventos en el sentido en el que habitualmente asumimos que existen esos eventos de cara al razonamiento probatorio en materia judicial. Sin embargo, sabemos también, que la existencia de enunciados capaces de aludir a dimensiones de la realidad situadas en el futuro nos permite sostener también, que los márgenes de racionalidad esperados en el procedimiento se vinculan en realidad, a la confirmación semántica de las aproximaciones disponibles acerca de la realidad.

Si observamos este fenómeno desde la óptica de la intensa vinculación de la prueba como actividad de confirmación de enunciados, podremos advertir que el desafío impuesto a la labor judicial en el ámbito cautelar permite clarificar las coordenadas del razonamiento probatorio en su conjunto. La noción de verdad admitida en el campo de las discusiones jurídicas, comúnmente aceptada como “verdad como correspondencia” permite concebir una actividad probatoria en la que la aproximación colectiva a la realidad sea puramente semántica. El lenguaje es capaz de aludir eventos en un sentido muchísimo más amplio en que la experiencia concreta podría hacerlo. Si podemos “hablar acerca del futuro”, entonces, podemos construir márgenes para el razonamiento acerca del futuro. Hablar sobre el futuro supone un compromiso relativo al conocimiento del futuro. El conocimiento supone prueba.^[11]

Entonces, ¿de qué se trata en esa sección la decisión cautelar? me parece que el juez debe determinar con la información disponible la existencia de un patrón o frecuencia que permita anticipar el acaecimiento de un hecho. Debe admitir racionalmente la realización de ese evento. Pero lo que decide no es si ocurrirá un hecho futuro sino si existe, en el presente, prueba suficiente para sostener que la frecuencia concurre.

Creo entonces que la fijación de un umbral de suficiencia es en realidad la definición de un cierto nivel de confianza en la información disponible para sostener que existe una frecuencia o patrón de eventos que permiten, a su vez, esperar que algo ocurra. La frecuencia es un fenómeno que no se deja captar por el tiempo. Esto quiere decir que la identificación de patrones de frecuencias es igual a la afirmación de la existencia de un grupo de eventos relacionados que permiten afirmar grupos de acaecimientos en el pasado, y, por tanto, es posible también admitir niveles de confianza en acaecimientos futuros.

La fijación de un umbral probatorio en materia cautelar debe incluir entonces esta dimensión. Debemos construir estándares de prueba en materia cautelar tanto civil como penal, asumiendo la necesidad de contar con argumentos que permitan conocer frecuencias de eventos que puedan tener lugar en el futuro. Esto quiere decir que la labor judicial no puede quedar detenida tan solo en la verificación o confirmación de enunciados relativos al pasado, esto es, eventos efectivamente ocurridos. Un estándar de prueba cautelar debiese mostrar cierta capacidad del lenguaje para captar hechos en el futuro. En este sentido, el trabajo de Ferrer, es una invitación a intensificar el estudio sobre las condiciones de confirmación de enunciados acerca de ellos. Por tanto, es indudable la utilidad del esquema propuesto por Ferrer de cara a la construcción y formulación precisa del contenido de estos estándares. Por cierto, esta construcción puede variar conforme con la fisonomía del error esperado en la decisión judicial en contextos cautelares diferenciados. No es un objetivo de este trabajo ofrecer esas formulaciones.

3.4. Probabilidad

Uno de los puntos donde el trabajo de Ferrer es particularmente claro, es el relativo a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática. Si bien la defensa ensayada por Ferrer es extensa y profunda, creo que para el objeto de este trabajo debemos centrarnos en la dimensión en la que un modelo de probabilidad es capaz de aludir a eventos o está diseñado, en cambio, para aludir al grado de corroboración de enunciados. Es decir, me parece particularmente importante poner el acento sobre el objeto de las probabilidades como parte de la configuración de un estándar probatorio, esto es, responder a la pregunta sobre confirmación de hechos o confirmación de enunciados lingüísticos en el contexto cautelar.

Es común considerar a la pregunta sobre prueba de los hechos, aún en el ámbito cautelar, como una pregunta dirigida a una confirmación de carácter “empírico”. Una cierta visión anclada en la confirmación de enunciados que se dirigen a la “realidad” no es capaz de describir con claridad el objeto del razonamiento judicial cuando se trata de confirmar enunciados relativos a eventos. Los jueces, habitualmente, deben resolver solicitudes de personas que buscan el amparo de ciertas expectativas de manera urgente

incluso, desde cierto punto de vista, de manera previa al inicio del procedimiento en sí mismo.

La pretensión cautelar pone al tribunal en situación de resolver la adecuación de un determinado enunciado sobre hechos que no es exactamente el enunciado sobre los hechos que debe enfrentar al contexto de la decisión de fondo, típicamente la sentencia definitiva. En materia cautelar los jueces tienen que ofrecer argumentos relativos a la justificación de sus decisiones asumiendo los datos existentes, el valor de los vestigios ofrecidos por las partes en su solicitud y la adecuación de esta información a un criterio de estándar de prueba que permita sostener que una proposición deba ser tenida por verdadera, es decir que existe prueba de la hipótesis de hecho “cautelar”.

De este modo creo que la comprensión de la tutela cautelar puede resultar particularmente útil para la propuesta teórica desarrollada por Ferrer. Se trata de una agenda de construcción de estándares probatorios asumiendo la necesidad de satisfacer al “debido proceso”, considerando que es necesario el control intersubjetivo de la decisión. Pero como hemos anunciado antes, esa decisión se basa en la confirmación de enunciados que aluden a eventos futuros es decir se basa en la confirmación de narraciones que en una medida importante no hacen referencia a “hechos”.

Creo que no existe una dimensión en el pasado en la que los sucesos que justifican, al menos en parte, la decisión judicial en materia cautelar haya en realidad ocurrido. Por lo tanto, se trata de establecer niveles de confirmación de enunciados relativos, como hemos anunciado, a frecuencias o patrones de hechos que se espera se mantengan en el tiempo al punto de poder sostener acaecimiento de hechos en el futuro. Esto, asumiendo además la aparente paradoja por la cual una decisión cautelar justificada puede impedir que la frecuencia o patrón resulte, en el caso concreto, confirmada.

Como sabemos la probabilidad inductiva no matemática nos permite aclarar este problema. Los hechos no son objeto de análisis probabilísticos en la decisión probatoria. Es decir, en materia de tutela cautelar se trata de verificar los grados de confianza justificados que pueden predicarse de narraciones que sustentan la solicitud de cautela. Esto muestra cómo el razonamiento probatorio —no solo en materia cautelar— se dirige a la confirmación sobre los enunciados en juego en el caso. Nunca pueden probarse, en sentido estricto, hechos. Pareciera que en todo caso de lo que se

trata es de confirmar alocuciones relativas a eventos para lo que su situación en el pasado, presente, o futuro puede resultar relevante.

Como ha apuntado Ferrer, cuando hablamos de formulaciones de estándares probatorios objetivos debemos aplicar un tipo de comprensión de la probabilidad pensando en su aplicación a proposiciones, es decir, debemos enfrentar el uso de estándares probatorios de cara el establecimiento de la probabilidad de conocimiento del mundo. El mundo de sentido fenomenológico no es determinante para resolver sobre el grado de conocimiento o confirmación disponible de los enunciados que podemos utilizar para referirnos a los sucesos. Se trata entonces de construir reglas que permitan graduar la probabilidad de que una determinada proposición sea, contextualmente, verdadera.

Visto así, la prueba cautelar no se dirige, en realidad, a “hechos en el futuro” sino a esclarecer el nivel de confianza racionalmente justificado sobre la existencia de una frecuencia que nos permita anticipar su acaecimiento.

Lo que resulta ineludible es que no es compatible con las exigencias de racionalidad probatoria mínimas, establecidas por el propio trabajo de Ferrer, mantener un sistema judicial bajo la suposición de la impertinencia del razonamiento probatorio en esta sede. La tutela cautelar supone decidir sobre la libertad o prisión de un imputado, o sobre la afectación intensa de bienes del demandado, de manera de favorecer el cuidado del procedimiento, es decir, se trata de dotar de sentido a la acción de la justicia. No es posible asumir sin más, que este tipo de decisión judicial pueda desplegarse de un modo abiertamente arbitrario. La arbitrariedad es una propiedad central de procedimientos en los que la construcción y justificación de los argumentos de las resoluciones judiciales son deliberadamente ignorados y son, por otra parte, caldo de cultivo para la incidencia de sesgos, estereotipos y prejuicios.

3.5. A modo de conclusión: error de fondo e intermedio

Creo que lo dicho permite comprender las condiciones probatorias de la decisión cautelar en general y se relaciona fuertemente con la propuesta ya identificada de Ferrer. Creo que además es posible reconocer en esa decisión un tipo de error probatorio circunscrito al ámbito cautelar.

Si es correcta la premisa según la cual existe un contexto probatorio en la decisión cautelar, y si es razonable, por tanto, discutir sobre la fisonomía de las reglas y criterios que resultan aplicables a ese ámbito probatorio, entonces, debemos enfrentar una manera de concebir al error en términos probatorios.

Como ya ha sido descrito, se produce un error probatorio cuando se afirma que una hipótesis que debe considerarse verdadera es falsa. Y es también un error sostener que una hipótesis que debe considerarse falsa es verdadera. La producción de errores en materia de prueba debe enfrentarse a través de la construcción de reglas y criterios que permitan aumentar los niveles de conocimiento y confianza justificada en los enunciados sobre hechos del caso. Una regla estándar de prueba no se aboca directamente a la evitación del error, sino que se dirige al establecimiento un umbral de suficiencia probatoria y con ello distribuye el error.

Las características generales del error en materia de prueba pueden encontrarse sin mayores dificultades en el ámbito cautelar. De hecho, si la hipótesis que justifica la cautela debe ser considerada falsa, pero es tenida por verdadera o si la hipótesis de hecho de la cautela es considerada verdadera a pesar de que debe ser observada como falsa, nos encontramos ante un error en términos probatorios. Nos encontramos ante la clásica posibilidad de producción de falsos positivos y falsos negativos.

Podría discutirse si el nivel de incertidumbre aceptada para la producción de decisiones cautelares es por definición mayor al tolerado para la producción de sentencias “de fondo”. Esta intuición arranca de la circunstancia de reconocer al inicio del procedimiento una producción probatoria más débil que la que debiera alcanzarse en la etapa de juicio. Sin perjuicio de que esta intuición pudiese resultar confirmada, no es un argumento para descartar la concurrencia de un escenario probatorio que requiere ser analizado desde la óptica de la producción de un error.

La sección de producción del error más interesante en el ámbito cautelar es aquella que mira al establecimiento de la confirmación de un evento en el futuro. Podría pensarse que esas son las circunstancias capaces de aumentar la probabilidad de error. Pero pareciera que, si nos concentramos en la definición de un ejercicio de corroboración dedicado principalmente a enunciados o proposiciones, resultaría un escenario sin mayor interés. Sin embargo, resulta relevante tener en cuenta que las condiciones de conocimiento de enunciados acerca del futuro se enfrentan a la necesidad de establecer

criterios según los cuales podemos admitir el conocimiento de una frecuencia patrón que permita sostener que existe una cadena de acontecimientos y que en esa cadena podemos identificar hechos aún no producidos pero que esperamos que se produzcan. A estos efectos creo que debe integrarse en la discusión relativa a la formulación de estándares probatorios un mayor esfuerzo en clarificar el sentido del término “predicción”. En un sentido, puede producirse un evento desconocido a partir de datos conocidos. En otro sentido la predicción supone anticipar aquello que no ha ocurrido. En sentido estricto ambas operaciones miran a lo mismo: se trata de establecer modos de conocimiento de enunciados acerca de hechos no acaecidos.

El error en materia cautelar tiene otra dimensión. Así cómo es posible conceptualizar un universo de producción de decisiones en materia cautelar y por tanto es posible conceptualizar un error probatorio cautelar, es también posible advertir que los errores (como los aciertos) en el ámbito cautelar se relacionan con la probabilidad de éxito de la sentencia de fondo. Es habitual en las discusiones entre abogados y jueces a propósito de solicitudes cautelares que se tenga a la vista el impacto que la decisión del juez puede producir para la construcción del escenario del juicio y por tanto de la sentencia.

¿Puede contribuir al aumento de la probabilidad de error de la sentencia un error cautelar? Por ejemplo, si en el procedimiento penal se deniega una solicitud cautelar basada en el peligro de destrucción o manipulación de evidencias (erróneamente) y luego el imputado efectivamente destruye evidencias, entonces la probabilidad de error de la sentencia parece haber aumentado.^[12] Con ello, es posible advertir que en el caso de la formulación de estándares probatorios cautelares puede ser necesario vincular la exigencia probatoria de la cautelar con su posible contribución al error de la sentencia de fondo. Esto supone despejar, entonces, en qué casos esas decisiones pueden verse afectadas o impactadas por esa posible contribución.

La propuesta de Ferrer, además de sólida desde el punto de vista interno, ofrece un campo de estudio a la comunidad jurídica que excede incluso, la ya importante formulación de estándares probatorios en diversos juicios. El trabajo ofrecido permite abrir un campo vasto de discusiones relativa a la producción de errores múltiples, al conocimiento de hechos futuros, al sentido de las narraciones procesales y su confirmación, a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática,

entre muchos otros. Se trata, sin duda, de una contribución capital a la discusión de la teoría de la prueba.

En esa medida, la formulación de estándares probatorios cautelares parece central en la comprensión cabal de la tesis propuesta por Ferrer como en el compromiso del respeto por la garantía del debido proceso. Esta vinculación obliga a pensar en el contexto probatorio cautelar y a la posibilidad de controlar las decisiones judiciales desde un punto de vista racional ofreciendo por tanto una aplicación del derecho conforme con las exigencias del mencionado principio.

CONCLUSIONES

En el sistema penal acusatorio en Colombia, los estándares probatorios juegan un papel importante en la determinación de la culpabilidad o de la inocencia de cada persona involucrada en un juicio, siendo, así las cosas, el ente acusador es el que tiene la carga de la prueba, por lo que el acusado es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, ahí estamos hablando de la presunción de inocencia, por consiguiente, la culpabilidad de todo acusado debe ser establecida más allá de toda duda, es decir, que la prueba debe ser convincente que no deje dudas razonables sobre la culpabilidad de este, en cuanto la carga probatoria, el ente acusador tiene la responsabilidad de demostrar su culpabilidad, la cual se requiere que sea suficiente, solidad para cumplir con estos criterios de más allá de una duda razonable, todas las pruebas deben ser obtenidas legalmente, las ilegales no las valorara el juez, en todo sistema de contradicción las partes tiene el derecho de presentar pruebas y refutarlas, garantizando un juicio justo, y equitativo, con transparencia, basado en la oralidad, donde los testimonios se presentan y los jueces evalúan de manera directa las audiencias públicas, con todo esto podemos concluir que por eso los estándares de pruebas son cruciales al tomar una decisión justa y correcta, ya que buscan garantizar que el procedimiento penal sea justo, y que las decisiones sean tomadas en pruebas legales, solidas, protegiendo así los derechos de las personas involucradas en los juicios penales en Colombia.

La construcción de la verdad no solo depende de la actuación procesal sino de los diferentes medios de convicción, cada mínimo de conocimiento que retrata una escena

criminal es muy crucial, por eso la labor del juez y de las partes es catalizar el significado y preservar su intersubjetividad lógica.

Para materializar esa intersubjetividad, los nuevos procedimientos penales se han enlazado a un catálogo derechos humanos que limita el actuar arbitrario de los funcionarios y los intervinientes en la causa penal. Como ejemplo se destacan a las técnicas de juicio oral para el desahogo de las pruebas y los estándares probatorios como límites que restringen la evolución de las causas criminales. Este último límite fue el centro de atención del presente artículo.

Se diseñó cuál es el estándar probatorio en cada etapa procesal y la Ley 1826 del año 2017 altera su estructura en la imposición de medidas aseguramiento. Ese trasfondo se desplegaría en la inversión de las etapas procesales "escrito de acusación" y "solicitud de imposición de la medida de aseguramiento", generando mayores ventajas que desventajas procesales en cuanto a costos políticos y procesales.

En este sentido, el hecho de que, al solicitar la imposición de medida de aseguramiento, el ente acusador cuente y descubra los elementos de prueba bajo el estándar "probabilidad de verdad" siendo esta una forma amplia de garantizar la imposición de una medida privativa acorde a una realidad panorámica y la real protección de la víctima. Por lo que su práctica debe dejar de ser una mera forma costumbrista lógica de aplicar los estándares procesales. Por el contrario, debe ser impuesta como la regla general a la hora de acudir a una medida de aseguramiento en los procedimientos abreviados, y por qué no, extender sus alcances a los procedimientos ordinarios.

REFERENCIAS

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Bedoya, S. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación.

- Carbonell, F. y Letelier, R. (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En Contreras, P. y Salgado, C. (coords.). *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 347-380). Chile: Tirant lo Blanch.
- Carbonell, F. (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. En Carbonell, F. y Valenzuela, J. (dirs.), *Fundamentos filosóficos del derecho procesal* (pp. 293 - 323). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Coloma, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: Entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18(2), 23-51.
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Código del Proceso Penal. [CPP]. Ley 906 de 2004. (Colombia).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-400 de 2018. MP. Jaime Cordova Triviño.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-336 de 2007. MP. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-559 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.
- Ezurmendia, J. (2021). Definitividad y cosa juzgada como reglas contraepistémicas en el proceso civil. En Ezurmendia, J. (Dir.) *Proceso, prueba y epistemología, ensayos sobre derecho probatorio* (pp. 539 - 577.). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Idárraga Montes, A. M (2023). *Análisis de la Formulación de imputación en el proceso penal*. Universidad de Manizales.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Barcelona: Marcial Pons.
- López Pinilla, A. M. (2016). Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Nuevo Foro Penal*, 86, 151.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, 28, 95- 113.
- Congreso de Colombia. Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. D.O. 45.657

Parra, D. A. P. (2023). El estándar probatorio en la medida de aseguramiento: un análisis a partir de la Ley 1826 de 2017. *Derecho Penal y Criminología*, 44(116), 95-115.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", -, 22 Noviembre 1969.

Nicolás, J. A. y Frápolli, M. J. (eds.) (1997). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos.

Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), 836-857.