

Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba

EDICIONES
UNIVERSIDAD
SIMÓN BOLÍVAR



RECONOCIDO POR
COLCIENCIAS
2014 - 2017

Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba

Rodolfo Pérez Vásquez • Patricia Guzmán González • Xavier Abel Lluch
Liliana Damaris Pabón Giraldo • Francisco Borrero Brochero • Mónica Bustamante Rúa
Alex Del Villar Delgado • Orión Vargas Vélez • Inés Rodríguez Lara
José David Manotas • Dimaro Alexis Agudelo Mejía • Eduardo Palencia
Doris Navarro Suárez • Carolina Isaza • Jorge Bolívar Berdugo

EDICIONES
UNIVERSIDAD
SIMÓN BOLÍVAR



RECONOCIDO POR
COLCIENCIAS
2014 - 2017

ISBN 978-958-8930-20-6



9 789588 930206



Derecho procesal y **perspectiva científica de la prueba**

Rodolfo Pérez Vásquez • Patricia Guzmán González • Xavier Abel Lluch
Liliana Damaris Pabón Giraldo • Francisco Borrero Brochero • Mónica Bustamante Rúa
Alex Del Villar Delgado • Orión Vargas Vélez • Inés Rodríguez Lara
José David Manotas • Dimaro Alexis Agudelo Mejía • Eduardo Palencia
Doris Navarro Suárez • Carolina Isaza • Jorge Bolívar Berdugo



PRESIDENTA SALA GENERAL
ANA BOLÍVAR DE CONSUEGRA

RECTOR FUNDADOR
JOSÉ CONSUEGRA HIGGINS (q.e.p.d.)

RECTOR
JOSÉ CONSUEGRA BOLÍVAR

VICERRECTORA ACADÉMICA
SONIA FALLA BARRANTES

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN
PAOLA AMAR SEPÚLVEDA

VICERRECTORA FINANCIERA
ANA DE BAYUELO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO
EUGENIO BOLÍVAR ROMERO

SECRETARIA GENERAL
ROSARIO GARCÍA GONZÁLEZ

DIRECTORA DE INVESTIGACIONES
MARÍA DE LOS ÁNGELES PÉREZ HERNÁNDEZ

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
WILMAR FERNANDO PINEDA ALHUCEMA
CARLOS MIRANDA MEDINA

MIEMBROS DE LA SALA GENERAL
ANA BOLÍVAR DE CONSUEGRA
OSWALDO ANTONIO OLAVE AMAYA
MARTHA VIVIANA VIANA MARINO
JOSÉ EUSEBIO CONSUEGRA BOLÍVAR
JORGE REYNOLDS POMBO
ÁNGEL CARRACEDO ÁLVAREZ
ANTONIO CACUA PRADA
JAIME NIÑO DÍEZ
ANA DE BAYUELO
JUAN MANUEL RUISECO
CARLOS CORREDOR PEREIRA
JORGE EMILIO SIERRA MONTOYA
EZEQUIEL ANDER-EGG
JOSÉ IGNACIO CONSUEGRA MANZANO
EUGENIO BOLÍVAR ROMERO
ÁLVARO CASTRO SOCARRÁS
IGNACIO CONSUEGRA BOLÍVAR

Derecho procesal y **perspectiva científica de la prueba**

EDICIONES
 UNIVERSIDAD
SIMÓN BOLÍVAR



RECONOCIDO POR
COLCIENCIAS
2014 - 2017

Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba / Rodolfo Pérez Vásquez... [et al.]. -- Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2015.

396 p.; 17 x 24 cm.
ISBN: 978-958-8930-20-6

1. Prueba (Derecho) 2. Derecho procesal I. Pérez Vásquez, Rodolfo II. Guzmán González, Patricia III. Lluch, Abel Xavier IV. Pabón Giraldo, Lilliana Damaris V. Borrero, Francisco VI. Bustamante Rúa, Mónica VII. Del Villar Delgado, Alex VIII. Vargas, Orión IX. Rodríguez Lara, Inés X. Manotas, José David XI. Agudelo Mejía, Dimaro Alexis XII. Palencia, Eduardo XIII. Navarro, Doris XIV. Isaza, Carolina XV. Bolívar Berdugo, Jorge XVI. Universidad Simón Bolívar. Grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas XVII. Universidad de Medellín. Grupo de Investigación en Derecho Procesal

347.05 D431 2015 ed 21 ed.

Universidad Simón Bolívar-Sistema de Bibliotecas

DERECHO PROCESAL Y PERSPECTIVA CIENTÍFICA DE LA PRUEBA

©Rodolfo Pérez Vásquez, ©Patricia Guzmán González
©Xavier Abel Lluch, ©Liliana Damaris Pabón Giraldo
©Francisco Borrero, ©Mónica Bustamante Rúa
©Alex Del Villar Delgado, ©Orión Vargas
©Inés Rodríguez Lara, ©José David Manotas
©Dimaro Alexis Agudelo Mejía, ©Eduardo Palencia
©Doris Navarro, ©Carolina Isaza
©Jorge Bolívar Berdugo

**GRUPO DE INVESTIGACIÓN
TENDENCIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS**
RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

**GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PROCESAL**
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

ISBN: 978-958-8930-20-6

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma por medios electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros, sin la previa autorización por escrito de Ediciones Universidad Simón Bolívar y de los autores. Los conceptos expresados de este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Universidad Simón Bolívar y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los Decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

Ediciones
Universidad Simón Bolívar©
Carrera 54 No. 59-102
<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>
dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co
Barranquilla - Cúcuta

Impresión
Editorial Mejoras
Calle 58 No. 70-30
info@editorialmejoras.co
editorial_mejoras@yahoo.com
www.editorialmejoras.co

**A este libro se le aplicó
Patente de Invención No. 29069**

Julio de 2015
Barranquilla

Printed and made in Colombia

Contenido

Prólogo	7
CAPÍTULO I	
El Debido Proceso	9
<i>Rodolfo Pérez Vásquez</i>	
CAPÍTULO II	
La Reinserción Social como Función Esencial de la Pena y el Rol del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	65
<i>Patricia Guzmán González, Francisco Borrero Brochero</i>	
CAPÍTULO III	
Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica	89
<i>Xavier Abel Lluch</i>	
CAPÍTULO IV	
Bases Conceptuales de la Prueba Científica: Un Problema Contemporáneo del Derecho Probatorio.....	121
<i>Liliana Damaris Pabón Giraldo</i>	
CAPÍTULO V	
El Estándar de Prueba de Conocimiento Más Allá de Toda Duda Razonable en el Proceso Penal: Una Aproximación Teórica.....	163
<i>Mónica Bustamante Rúa</i>	

CAPÍTULO VI

Actuaciones del Juez de Control de Garantías Respecto de la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva	203
<i>Alex Del Villar Delgado</i>	

CAPÍTULO VII

Lupe y las Sutilezas Probatorias que Todo Estudiante de Derecho Debería Reconocer.....	233
<i>Orión Vargas Vélez</i>	

CAPÍTULO VIII

Inobservancia de la Inspección Judicial en Materia Procesal Laboral	253
<i>Inés Rodríguez Lara, José David Manotas</i>	

CAPÍTULO IX

Una Introducción al Derecho Probatorio de los Estados Unidos a Partir de las Fuentes del Derecho	277
<i>Dimaro Alexis Agudelo Mejía</i>	

CAPÍTULO X

El Arbitraje Frente al Daño Ambiental como Método Alternativo de Solución de Conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia....	293
<i>Carolina Isaza, Doris Navarro Suárez, Eduardo Palencia</i>	

CAPÍTULO XI

Resignificar la Formación Investigativa en los Programas de Derecho. Un Estudio y una Propuesta para los Programas de Derecho de la Región Caribe.....	337
<i>Inés Rodríguez Lara</i>	

CAPÍTULO XII

De la Violencia de Género al Femicidio	355
<i>Jorge Bolívar Berdugo</i>	

Prólogo

Es para nosotros motivo de alegría presentar a la comunidad estudiantil, académica y jurídica este texto, cuya finalidad es abordar temas actuales del Derecho Procesal y Probatorio y sobre la formación en investigación, específicamente en el campo jurídico, a fin de avanzar en esta área del Derecho que se encuentra un tanto descuidada, máxime con las nuevas tendencias procesales que se vienen asumiendo en el país y en el mundo.

Quien se acerque a este texto encontrará temas contemporáneos del Derecho Procesal y Probatorio, por cuanto se aborda el Debido Proceso reflexionando en torno a su origen, naturaleza, regulación internacional y sobre la jurisprudencia nacional. Así mismo se abordan los estándares de prueba y las reglas de la sana crítica, la prueba científica al interior del proceso jurisdiccional, el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable en el proceso penal; algunas sutilezas probatorias que todo estudiante de Derecho debe reconocer y una introducción al Derecho Probatorio de los Estados Unidos; se aborda la función de reinserción social y el rol del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad; el arbitraje frente al daño ambiental y los MASC, como también la formación que se requiere en investigación para el abordaje de estos estudios. Temas que como se puede observar, requieren de una discusión permanente por constituir la prueba, el eje central de cualquier decisión, por llevar al Juez la convicción de los hechos, pero también por constituir una garantía del

Debido Proceso, al asimilarse el derecho a la prueba como un derecho constitucional.

Estas investigaciones están pensadas y orientadas teniendo en cuenta algunos fundamentos filosóficos y científicos de instituciones del Derecho Procesal, la prueba, del Debido Proceso, desarrolladas en el nivel de mayor accesibilidad para los estudiosos del Derecho. Su importancia trasciende la relación jurídica conflictiva que presenta la situación fáctica que constituye el objeto sobre el cual recae la prueba, a la luz de la norma jurídica que regula desde su aducción o solicitud hasta su valoración, es decir, que atiende su sentido formal y material como soporte válido para la decisión.

En ese sentido, se espera que esta construcción teórica ayude a los estudiantes, a los académicos y a los funcionarios jurisdiccionales a entender temáticas tan complejas como las asumidas en estas investigaciones, y por lo tanto a tener un mayor compromiso al interior del proceso a la hora de adoptar una decisión.

Rodolfo Pérez Vásquez
Patricia Guzmán González
Liliana Damaris Pabón Giraldo

CAPÍTULO I

El Debido Proceso

*RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ**

* Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Procesal. Candidato a Doctor en Derecho Procesal. Colíder del grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
rodolfoperezvasquez@yahoo.com maestriadprocesal@unisimonbolivar.edu.co

1. ORIGEN

El Debido Proceso tuvo su manifestación en el Derecho anglosajón en Inglaterra en el año 1215, cuando en la Carta Magna (1215) se estableció:

ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido, o preso o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley de la tierra. Fue un documento aceptado por el rey Juan Primero de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra ante el acoso de los problemas sociales y las graves dificultades de la política interior.

Si bien se puede observar que en esta Carta enriquecida de derechos y protección de los mismos no se utiliza la expresión Debido Proceso, sí se aplican otras expresiones como juicio legal y ley de la tierra que dan pie para que años posteriores se fuera configurando lo que hoy se denomina y que se encuentra enriquecido por la doctrina y las normas internacionales como Debido Proceso.

Un caso, es el de *Marbury contra Madison* (Garay, 2009, pp.121-136) resuelto por el juez Marshall, en el que reconoció que la esencia misma de la libertad civil está en el derecho de todo individuo a reclamar la protección jurídica cuando ha sufrido daño. Uno de los principales deberes del gobierno es proteger esta pretensión.

En cuanto a lo acontecido en los casos *Bonhan* y *Marshall*, es de resaltar la necesidad que desde el siglo XVII se venía agudizando en torno al Debido Proceso basado en la protección jurídica de derechos y libertades de las personas con apoyo en el precedente de la Carta Magna de 1215. En el primero de los casos constituye un hecho histórico que el juez haya hecho un análisis detenido de la norma jurídica y plasmado una revisión exhaustiva para estimar el derecho que reclamaba Tomas Bonhan frente a

la condena que había recibido por el Colegio Real de Médicos, basado en una autorización del rey.

La evolución del Debido Proceso transita por un conjunto de cambios que parte de reformar el sistema judicial que no ofrecía garantía de justicia, puesto que el apego formalista y rígido a la ley limitaba a los jueces a dar una aplicación exegética. El positivismo jurídico empieza a mostrar sus luces a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. El derecho es interpretado desde el punto de vista racionalista, y con la Revolución Francesa de 1789, como una repulsa al sistema de Monarquía, la ley pasó a ser el instrumento de poder al tener todos los ciudadanos que acatarla en los términos y con el espíritu en que eran creadas, en particular el operador judicial. En consideración a esto el Debido Proceso se enmarcaba más como un Debido Proceso legal; se miraba más la forma que el contenido. La preocupación es no apartarse de la ley y las decisiones debían basarse en ella. El razonamiento debía ser coherente con la ley, aunque en el proceso no se hiciera justicia. Más adelante, cuando la racionalidad basada en la ley comenzó a presentar fisuras, se dio paso a que el proceso se comprendiera desde la Constitución, instrumento superior que contenía un conjunto de garantías que debían ser tenidas en cuenta en la decisión de los casos.

A partir del siglo XX, y con la necesidad de respetar los derechos humanos, el Debido Proceso comenzó a tomar mayor fuerza como derecho fundamental y como garantía. Así, tanto en Europa como en América Latina en los instrumentos jurídicos constitucionales los contemplaron: Constitución mexicana de 1917, Constitución alemana de 1918, Constitución chilena de 1925, Constitución colombiana de 1991.

El reconocimiento internacional de los derechos humanos provocó que las Constituciones prescribieran normas protectoras de estos y determinaran

en los jueces una manera diferente de resolver los conflictos. El proceso judicial comenzó a ser visto desde la Constitución Nacional, y como esta reguló los derechos fundamentales, se reconoció el derecho al Debido Proceso y formó parte de los derechos fundamentales.

No tener en cuenta esas garantías protectoras de los derechos fundamentales, implicaba desconocer la Constitución y violentar el Debido Proceso constitucional.

Gozaíni (2013) afirma:

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Efectivamente a partir de la constitucionalización de los derechos y sus mecanismos constitucionales y procesales de protección, la ciencia del Derecho Procesal pasó de ser adjetivo a ser sustancial, lo que ha generado un desarrollo por vía jurisprudencial del alcance de los derechos fundamentales.

No tener en cuenta esas garantías protectoras de los derechos fundamentales, implicaba desconocer la Constitución y violentar el Debido Proceso constitucional.

En la doctrina se ha reconocido que una de las principales funciones de la Constitución es la *función garantista* (Gomes, 2004, p.106). Surge la pre-

gunta ¿Garantía de qué? Algunos autores afirman que es obvio, se trata de los derechos y libertades. Otros sostienen que en su origen se trataba de garantizar el nuevo orden burgués (Cabo, 2000)*. Lo cierto es que en las Constituciones aparece un elenco de derechos fundamentales reconocidos**.

Ahora bien, la experiencia histórica señala que el solo reconocimiento en una norma constitucional no es condición suficiente para que los poderes públicos y los particulares respeten los derechos fundamentales. Los liberales, en su contexto ideológico, creyeron que bastaba la enunciación constitucional del derecho, pues, la razón descubría la inmanencia del derecho fundamental, por tanto con esto bastaba para asegurar su protección y respeto.

El estudio de la historia constitucional, en especial de Hispanoamérica, demuestra a saciedad que el solo reconocimiento constitucional no es suficiente para garantizar el respeto a los derechos del hombre. Casi todas las Constituciones de América Latina, no se diga de las de Colombia, Argentina, Venezuela, y las de España, han reconocido en el “papel” un amplísimo catálogo de derechos a los ciudadanos, pero su respeto y ejercicio han sido lesionados o impedidos (Cascajo, 2004, pp.107-126)***. Por un lado,

* Cabo (2000, p.48) sostiene que la imposición del modo de producción capitalista exigía la vigencia plena de la libertad e igualdad, para que se cumplieran los nuevos tipos de relaciones de producción: libertad de contrato del trabajador, el salario sometido a los vaivenes de la oferta y demanda, etc. La Constitución liberal *garantiza* el dominio de la clase burguesa. Dice el autor *in comento* que “...las Constituciones tiene un origen histórico muy concreto y se configuran de forma que sirven a la defensa y permanencia del nuevo orden frente al antiguo...”.

** Véase estudio de Derecho Comparado del profesor Ernesto Rey Cantor, sobre Debido Proceso y Derechos Humanos, Bogotá: Página Maestra Editores, 2003.

*** Comentando acerca del respeto a la legalidad constitucional en España, Cascajo dice: “Como escribe A. Nieto: ...los derechos fundamentales nunca fueron respetados. Porque independientemente de sus formulaciones legales, de hecho fueron permanentemente desconocidos por los gobiernos, por el aparato político y por las fuerzas armadas sin que llegase a operar el remedio protector de los jueces y tribunales”. En el mismo sentido, López Guerra, L. *et al.* (2002). *Derecho Constitucional* Vol. I, p. 454. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. En Venezuela, Arismendi, A. (1999). *Manual de Derecho Constitucional*, pp.472-474. Caracas: Editorial Universidad Central de Venezuela.

hay una carencia de cultura jurídica-constitucional, sintiéndose los poderes públicos no vinculados a ese respeto; por otro lado, el reconocimiento constitucional se trababa con la remisión de un desarrollo legislativo posterior que nunca se hacía, siempre bajo el alegato del peligro de la estabilidad del Estado, o porque no había la voluntad política para hacer una efectiva protección a los derechos fundamentales (Cruz Villalón, 1989)*.

La Constitución como garantía deberá contener los mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad del goce y ejercicio de los derechos fundamentales (Böckenförde, 1999, p.84)**. Por un lado, debe preservarse, como norma suprema a la cual están sometidos los poderes públicos y los ciudadanos, configurándose así un derecho público subjetivo de “supremacía de la constitución” (Brewer, 1997, p.49), y ordenándose como fuentes de fuentes para determinar su superioridad en la producción jurídica, cuyos destinatarios son, principalmente, los poderes públicos (Gomes, 1992, p.143)***; por otro lado, el reconocimiento de los derechos adjuntándole mecanismos jurídicos que limiten el poder, pero que también doten al ciudadano de recursos para impedir la vulneración o para reponer o resarcir el derecho infringido.

* Sobre la remisión dijo: “En estas palabras tenemos la explicación de por qué se considera que los preceptos dedicados a las libertades individuales *giran en el vacío*. La mayoría de estos preceptos contienen, con una fórmula u otra, una remisión al legislador” (p.57).

** Expresa: “La protección de la libertad individual y social frente a las amenazas del ejercicio del poder de los órganos del Estado se asegura principalmente de forma institucional y procedimental a través de las garantías fundamentales de la Constitución del Estado de Derecho y de la legislación que concrete estas garantías”.

*** Sostiene: “Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas* das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Como *determinantes negativas*, as normas de direito constitucional desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas umas compatibilidades formais entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares, etc.). De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por ex., do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado”.

Bajo la denominación del *Debido Proceso* (*due process of law*)*, la nueva cultura jurídica engloba, al comenzar el siglo XXI, el conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas (Garrido, 2001, p.130)**. Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente e idóneo es el instrumento más importante del ser humano en defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos. Obviamente, conforme al artículo 29 de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1966 y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, el debido proceso no se aplica exclusivamente a la actuación judicial (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, agraria, familia, constitucional, penal-militar) sino también a las administrativas, incluso en las actuaciones de particulares en que se ventilen derechos***.

* A partir de la quinta y sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, de 1781, prácticamente todas las Constituciones de los estados democráticos incorporaron las garantías del Debido Proceso y el juicio público equitativo e imparcial y les confirieron rango de derecho fundamental. Empero, ese derecho fundamental no fue respetado en Europa por las tiranías nazi de Adolf Hitler en Alemania y fascista de Benito Mussolini en Italia, y en países de otros continentes por las dictaduras imperantes. Tomado de P. Camargo (2002), *El debido proceso*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Leyer.

** Expresa la autora que “1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales”.

*** En los documentos internacionales citados el Debido Proceso se expresa así: El derecho al Debido Proceso se halla consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama: “ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. También se reconoce el derecho al Debido Proceso en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulado contra ellos o para determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. En consonancia con las previsiones normativas transcritas la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José publicado en la *Gaceta Oficial* No. 31.256 del 14-06-77), en el numeral 1º del artículo 8 –garantías judiciales–, textualmente preceptúa: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la declaración de sus derechos y obligaciones de índole civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El Debido Proceso constituye un principio que debe aplicarse en todo sistema de justicia. En estos tratados internacionales válidos se establecen unas garantías mínimas que debe reunir el proceso para no afectar los derechos de los particulares y algunos de ellos, en especial, como lo es el derecho a ser informado y el derechos al recurso.

En cuanto a la delimitación de una definición de Debido Proceso no existe una uniformidad de criterio por parte de los procesalistas en este sentido, es preciso señalar la definición de algunos autores sobre el Debido Proceso. El Fiscal General de la República y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Costa Rica, José María Uterino Pacheco (1993) publicó un artículo en el cual se concreta una definición de Proceso Justo o Debido Proceso:

La expresión, “Debido Proceso” además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan solo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino que sea de acuerdo, apropiado, conforme con un arquetipo. “Debido” hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de “Proceso Justo”.

Toma en consideración los elementos que deben concurrir en todo proceso para garantizar a las partes el derecho a la defensa. Uno de estos y el más importante es que los particulares tienen el derecho a participar activamente en toda la sucesión de actos que constituyen al proceso. Además, establece como una obligación del Estado a través de sus respectivos jueces, el cumplimiento de estas garantías para no lesionar en sus situaciones personales a los particulares.

En su mayoría, los autores coinciden que es el derecho del justiciable a un

“proceso justo”, el cual es un concepto muy amplio que encierra dentro de sí numerosas normas jurídicas previamente establecidas: el principio de celeridad, derecho a ser oído por sus jueces naturales, presunción de inocencia, derecho a defensa, igualdad procesal, libre acceso probatorio, derecho a una sentencia motivada, entre otros. Es por ello que algunos autores consideran el derecho al Debido Proceso como un “macroconcepto”, porque en él concurren una serie de elementos que deben estar presentes desde el inicio hasta su conclusión*.

* Corte Constitucional Sentencia C-034 enero 29 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa: El Debido Proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el Debido Proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “El derecho al Debido Proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnimoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de agosto 14 de 2012, M.P. María González Muñoz y Julio Socha Salamanca: “La Fiscalía formuló acusación por el punible de peculado en favor de terceros y en segunda instancia la Fiscalía no varió la situación fáctica. El juez condenó por peculado en beneficio propio y de terceros y repercutió en la dosificación de la pena. El principio de incongruencia constituye garantía del derecho al Debido Proceso; el sujeto pasivo de la acción penal debe ser castigado por los mismos cargos por los que se le acusó”.

Como se indicó en los antecedentes de este pronunciamiento, la audiencia de juicio oral, durante la cual se practicó la totalidad de la prueba, fue presidida por el doctor Juan Pablo Lozano Rojas, y la misma tuvo lugar los días 14 de julio, 1º, 4 y 8 de agosto de 2008, siendo en esta última fecha en la cual, en lugar de anunciar el sentido del fallo, como habría sido lo correcto por haber él presidido el juicio oral y practicado las pruebas aportadas por las partes (*no solamente en acatamiento a los principios de inmediación, concentración y de juez natural, sino de conformidad con lo dispuesto por los artículos 445 y 446 de la Ley 906 de 2004*), optó por promover un improcedente y extemporáneo incidente de definición de competencia, según fue declarado por la Corte al resolver el asunto, en cuyo pronunciamiento reiteró la asignación de la competencia para conocer del juicio en el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Bogotá.

Cuando la actuación regresó al despacho remitente, esta vez a cargo de la doctora Victoria Hernández Sánchez, dicha funcionaria, sin haber conocido la acusación, sin haber presidido el juicio y sin haber practicado alguna prueba, el 5 de noviembre de 2008 anunció el sentido condenatorio del fallo y más de un mes después dictó la sentencia con la cual le puso fin a instancia. De lo indicado en precedencia se establece que la audiencia de juicio oral no tuvo realización en un mismo día, no fue continua, ni las sesiones consecutivas y, finalmente, que la persona del juez que anunció el sentido del fallo y profirió la sentencia no fue la misma que presenció la totalidad del juicio, con lo cual resultaron desconocidos los principios de concentración, inmediación y juez natural.

El Debido Proceso, como se expresó anteriormente, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo se debe tramitar un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. Modernamente se sostiene que el proceso es la garantía de la tutela efectiva de los derechos de los justiciables, de manera que el Debido Proceso es garantizar esa tutela dentro de un litigio y cuyo responsable principal de preservar esas garantías es el juez. Se diría que la ley debe enseñar unas garantías básicas, que en las Constituciones modernas están incluidas como normas constitucionales, las cuales son: aquellas que resguardan el acceso a la justicia (derecho de acción); que otorgan un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción). Sobre esa base se construyen las normas procesales que hagan efectiva la tutela de los derechos de los justiciables.

Así pues, el proceso judicial concebido como instrumento técnico, no debe ser observado solo como un conjunto de actos que integran un procedimiento, porque se estaría continuando con el mero carácter de ser formal, sino que debe ser percibido como un instrumento que se provee de garantías constitucionales para hacer efectivo el derecho material.

En definitiva, siendo el proceso jurisdiccional el escenario donde los sujetos acuden para la protección o reconocimiento de un derecho o interés subjetivo, su atención no puede ser de cualquier manera. La constitucionalización del proceso judicial, obliga a que a las partes le respeten las garantías del Debido Proceso, las cuales provienen de la Carta Superior. Los actos procesales además de tener en cuenta las reglas procedimentales que los ritúan, también deben ser realizados según las normas constitucionales, para estar acorde con las garantías previstas, como sucede por ejemplo cuando una parte formula un recurso de apelación, debe tener en cuenta que está legitimado para hacerlo, que lo haga dentro de la oportunidad legal, pero también debe cumplir con un aspecto material como es

la sustentación del mismo, a efecto, de que el operador judicial, acorde a la limitación establecida en los reparos, pueda atender la impugnación. Pero, para la contraparte le permite ejercer su derecho de contradicción.

2. NOCIÓN Y NATURALEZA

El Debido Proceso es un concepto jurídico de suma trascendencia a través del cual se conjugan aspectos procedimentales y sustanciales, que hacen viable la confianza en la administración de justicia. En la doctrina se discute si es un principio o es un derecho fundamental, a los efectos de esta tesis se asume como derecho fundamental (Picó I Junoy, 1997, p.24).

El Debido Proceso constituye un postulado básico del Estado de Derecho, traducido en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como administrativa, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de aplicación de la ley sustancial. Está constituido por un conjunto de garantías mínimas reconocidas por la ley y la Constitución Nacional, además de normas jurídicas internacionales, que aseguran que el resultado del proceso sea justo. Esta figura responde como postulado de sociedades que predicán en sus Constituciones un sistema de derecho, pero más aún cuando se trata de Estados Democráticos y Sociales de Derechos frente a cualquier juez o autoridad administrativa*.

Específicamente en el Ordenamiento Jurídico colombiano el artículo 29 constitucional señala que todo proceso o juicio debe realizarse conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante juez o tribunal competente,

* Vid. artículo 24 CE, artículo 49 CRBV, y Perú: En la Constitución Política de Perú en el artículo 139 contempla: “que regula los principios y derechos de la función jurisdiccional; en el numeral tercero se refiere a la observancia del Debido Proceso y la tutela jurisdiccional, estableciendo que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento de lo previamente establecido, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

y con observancia de las formas propias de cada juicio; así entonces, el Debido Proceso es la máxima expresión de las garantías fundamentales y cualquier vulneración a las mismas puede ser alegada por vía de violación al Debido Proceso en un sentido amplio, formando usualmente parte de este: la preexistencia de la ley penal, el juez o tribunal competente, el acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido este último como todo el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley penal favorable, la presunción de inocencia y sus consecuencias, la defensa técnica y material, el proceso público sin dilaciones injustificadas.

El Debido Proceso es concebido como un derecho fundamental, está instituido como un postulado básico de derecho y en particular como un postulado constitucional en protección de los derechos fundamentales, que le permite a todo ciudadano exigir en el proceso judicial, el respeto de las normas jurídicas y si estas son inconstitucionales apartarse de ellas, pero también puede proclamar el respeto a ser juzgados conforme a leyes que se ajusten a la Constitución Nacional y por un juez predeterminado por el ordenamiento jurídico.

Siguiendo el sentido de la idea que el Debido Proceso se concibe como derecho fundamental, sostiene Jorge Portocarrero (2005) que “los derechos fundamentales como principio y fin de la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho”.

Justamente en el proceso se busca la aplicación del Derecho, por cuanto que si entre los sujetos que forman el debate jurídico aspiran a que el juez reconozca o declare el asunto discutido, siendo que tienen posiciones encontradas o diferentes, hay que acudir a los medios de convicción para determinar realmente a quién le asiste la razón y poder aplicar así el dere-

cho para dirimir la controversia, interpretándose que debe ser conforme al Debido Proceso.

La importancia del Debido Proceso ha hecho que se reconozca desde normas superiores constitucionales como en las normas internacionales que son aceptadas en las Constituciones nacionales. Así pues, está establecido como un derecho fundamental e inclusive frente al Estado mismo, toda vez que el gobierno está subordinado al ordenamiento jurídico que regula el país y debe garantizar el respeto de todos los ciudadanos no solo frente a los demás ciudadanos sino frente a sí mismo.

Así las cosas, la Constitución establece mecanismos para la protección de los derechos fundamentales y asigna como deber del Estado proteger a las personas en su vida, honra y bienes en todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales.

El Debido Proceso es un derecho fundamental de estructura compleja que reconoce derechos y se integra por derechos del mismo carácter, a su vez establece los mecanismos de garantía de su eficacia, por eso, pero también en su aspecto instrumental es una garantía. Conforme a lo anterior todo ciudadano tiene derecho a la defensa, la asistencia jurídica, a conocer las razones por las cuales se le imputan cargos, se le demandan, se le reclama cualquier derecho, pero del mismo modo tiene derecho a defenderse aduciendo, solicitando pruebas y a ejercer los medios impugnativos y cualquier otro acto que satisfaga su derecho a la defensa. Por otro lado, el Debido Proceso exige que el procedimiento debe estar ajustado a normas preexistentes, a los cargos imputados, que se haga frente a un juez competente que dirija el proceso y que se respeten todas las garantías constitucionales que se manifiestan en principios como inocencia, motivación de la decisión judicial, publicidad, entre otros.

El Debido Proceso como un derecho fundamental, a través del cual tienen cabida todos los derechos y garantías mínimas que son necesarios en todo proceso que esté garantizado por un sistema de Estado Democrático de Derecho. Esos derechos y garantías mínimas se traducen, como se ha reiterado, en contar con un juez natural, el libre acceso a la justicia, imparcialidad ante el juez, plazo razonable, derecho a la defensa, el respeto al principio de formalidad de los procedimientos, en el caso de la Constitución colombiana.

Dada la circunstancia que la doctrina para determinar la naturaleza del Debido Proceso lo ha concebido como un derecho fundamental y también como una garantía, en esta investigación se ha tomado como derecho de estructura compleja que es en sí un derecho y contiene derechos, pero que además instituye mecanismos procesales para su protección y de los derechos de los ciudadanos.

En el proceso judicial se observa materia y forma, apuntando lo primero a la búsqueda de la verdad y la justicia, y lo segundo a la estructura organizacional y formalidad de los actos procesales. Ambos están regulados en normas legales como desarrollo de normas constitucionales y principios, de ahí, que nuestro parecer es que el Debido Proceso como derecho fundamental se contiene de un conjunto de garantías mínimas, como la garantía de imparcialidad, independencia y autonomía del juez, publicidad, derecho a la prueba, doble instancia, ser juzgado por jueces naturales, ser juzgado en un proceso público y rápido.

Respecto a la naturaleza dual del Debido Proceso como principio procesal y derecho de los justiciables, se debe distinguir que como principio procesal, se concibe como un ideal que sirve de orientación no solo para la estructuración de los órganos jurisdiccionales con sus respectivas competencias, para el establecimiento de los procedimientos correspondien-

tes que aseguren, entre otros, el ejercicio pleno del derecho de defensa, sino también para garantizar decisiones judiciales correctas, imparciales y justas. Como derecho de los justiciables, en este sentido, es exigible y de aplicación inmediata, materializado en el acceso a la justicia y la tutela efectiva.

En diversos autores se encuentra una aproximación a la definición del Debido Proceso siempre relacionándolo con las garantías que deben darse para que haya un proceso satisfactorio de justicia, así nos dice Villamil Portilla: “La doctrina define el Debido Proceso como la suma de garantías que protegen al ciudadano, sometido a cualquier proceso, aquellas le aseguran a lo largo de la actuación una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la emisión de las resoluciones judiciales conforme a derecho” (Villamil, 1999, p. 50). El tratadista argentino Gozaíni expresa: “Para que dicho imperio y “autoritas” no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones” (Gozaíni, 2000, p.12).

Se dijo que el Debido Proceso tiene dos aspectos, un poco si se quiere derivados de lo que ha sido la tradición norteamericana manifestados en los denominados: *due process* (procesal) y *due process* (sustantivo). El *due process of law* procesal es en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso. Por esto, se ha sostenido que el Debido Proceso no es más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.

En conclusión, debe acotarse que el Debido Proceso tiene un origen democrático, en cuanto se erige como instrumento protector de los derechos fundamentales de la libertad e igualdad, pero también tiene una finalidad

pedagógica democrática dado que propicia el libre debate de las partes y facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DEBIDO PROCESO

Desde el siglo XVI se viene avanzando en el tema del Debido Proceso, unas regulaciones internacionales que han servido también de base para la generación de otras e inclusive, para que de manera interna los Estados igualmente lo contemplen en sus Constituciones, así se pueden mencionar algunas: La República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49; en España, el artículo 24; Argentina, artículo 18; Perú, artículo 2; República italiana, artículo 25.

Hoy en día se tienen diversos instrumentos internacionales que han sido acogidos por los diversos Estados y, algunos le han dado un nivel constitucional. Estos instrumentos son los siguientes:

Las Cartas de las Colonias de Norte América. Dentro de las que se destaca: La Declaración de Derechos de Virginia de 1776, incorporan varias garantías procesales bajo la denominación de la ley de la tierra, entre esas garantías consagradas en dicha declaración se pueden apreciar el derecho a contar con un jurado imparcial, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse y el derecho a tener un juicio sin dilaciones. Estas garantías sirvieron de base para formar lo que se conoce como Debido Proceso en la Constitución de los Estados Unidos de América que fueron consignadas en la enmienda números V y VI de 1791 y que más tarde se recoge en la enmienda XIV de 1868.

Desde la perspectiva del Derecho anglosajón las Cartas de las Colonias de Norte América, dentro de las que se destaca la Declaración de Derechos de Virginia, lo que han hecho es incorporar un conjunto de garantías procesales, que fueron tomadas como bases en la Carta Magna del rey Juan

sin Tierra del año 1215, y que con posterioridad sirvieron de inspiración para que se contemplara a formar parte del Debido Proceso en otras Constituciones como la de los Estados Unidos de América de 1771.

2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Es un documento que contiene la declaración universal en la consagración y protección de los derechos humanos y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 217 de diciembre 10 de 1948. En este documento se contemplan los diferentes tipos de derechos humanos entre los que se destaca el derecho al Debido Proceso contemplado en el citado artículo 10° en el que se dispone no solo que los seres humanos no deben ser sometidos a esclavitud y a tortura, sino que en forma particular señala el derecho de que toda persona tiene a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad. Expresamente en el artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

2.2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1994

En este documento se contempla en su artículo XXVI el derecho a un proceso regular en el que se dice que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

Conforme a esta normativa toda persona tiene derecho no solo a acceder a los tribunales es decir, no solo se le garantiza el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, sino que además debe contar con un procedimiento sencillo y breve, necesariamente blindado de actos arbitrarios que violen en su perjuicio sus derechos amparados en la Constitución.

Entre otros derechos consagra que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. En las legislaciones iberoamericanas se consagra en algunas constitucionalmente y en leyes procesales u otras simplemente en leyes procesales bajo el principio de presunción de inocencia.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, difamantes o inusitadas.

2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1969

En este documento creado por la Convención Americana se amplían las garantías mínimas y se explicitan de mejor manera para fortalecer el derecho al Debido Proceso. Además de las garantías mínimas mencionadas en otros apartes de este trabajo se adiciona el derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete cuando no conozca o hable el idioma donde está siendo juzgado; que no debe existir sorpresa comunicándole contra el tiempo cualquier acusación, lo que exige que esta debe hacerse de manera previa y con anticipación, para así poder preparar en forma plena la defensa a los cargos imputados. También se le asegura la garantía de poder ser asistido por un defensor escogido por él como el derecho de poder comunicarse de manera libre y privada con este y poder transmitirle desde su punto de vista la versión de los hechos, el conocimiento de los mismos, para que el profesional pueda ejercer con mayor fundamento la defensa y finalmente la garantía en caso de no contar con la posibilidad de designar un defensor, el Estado se lo proporcione.

En efecto, en el tratado de San José en el artículo 8 se contempla:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Tribunal de asegurar la comparecencia, como testigos o peritos, de personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Algunos países adherentes al Pacto, han venido incumpliendo en su orden interno con esta normativa y los perjudicados han acudido a la Corte Interamericana para denunciar la violación, obteniendo decisiones que han impuesto al Estado infractor la corrección del injusto (García, 2012, pp.915-969)*.

2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976

Este Pacto contempla un listado de derechos con que cuentan todas las personas, que no son susceptibles de suspensión y que están ligados al respeto del Debido Proceso, en particular al proceso penal. La jurisprudencia colombiana en sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-1001 de 2005)**, fundamentada en el artículo 91 de la Constitución Nacional, consideró que los asuntos sometidos a su competencia deben realizarse no solo al texto de la Constitución sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuyen jerarquías constitucionales, como es el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*. Así que esta corporación consideró aplicar el numeral 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como soporte normativo para el respeto al Debido Proceso.

* “El contradictorio que respeta el derecho de defensa de las partes. El artículo 35 inciso e del reglamento (que se refiere al sometimiento del caso por la comisión) contempla este principio, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes (casos Acosta Calderón, Yatama, Fermín Ramírez, comunidad Indígena Yakyéaxa y Comunidad Moiwana).

** Cabe resaltar que tanto el artículo 27-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establecen dentro del listado de derechos que no son susceptibles de suspensión una serie de garantías ligadas al respeto del Debido Proceso en materia penal, en particular el principio de legalidad y retroactividad, favorabilidad, derecho a ser oído, derecho de defensa.

Efectivamente estos derechos se establecen en el artículo 14:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que

- el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Obsérvese que cada uno de los artículos antes mencionados tiene en común el procurar la existencia, no solo de un proceso legal, sino también de un proceso justo que permita al Estado el ejercicio del poder penal y al imputado la oportunidad de defenderse. Nótese que hay coherencia entre este instrumento y la Carta de San José.

2.5. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950

Este instrumento internacional reconoce los derechos y garantías de las personas de tener en caso de enjuiciamiento un proceso justo. La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ratifica el reconocimiento de los derechos fundamentales.

El desarrollo de los derechos y garantías que integran el Debido Proceso ha sido progresivo y se ha venido conformando una cultura garantista, especialmente su aplicación en el campo procesal.

Lo trazado en los órdenes internacionales ha permitido que desde el contexto interno de cada país se regule en las Constituciones como normas superiores y lo desarrolle luego en la ley.

El respeto a las garantías constitucionales sirve de base para que la administración de justicia ofrezca confianza y credibilidad porque al fin garantiza un juicio justo en que los derechos de los intervinientes en el proceso fueron respetados en su totalidad; de ahí, la importancia de establecer no solo que los justiciables sean escuchados por el órgano jurisdiccional o por los jueces naturales dotados de legitimidad para atender sus causas sino, que además tengan a su disposición un proceso como instrumento y método suficientemente dotado de garantías amparadas en la Constitución Nacional pero también en el reconocimiento de todos aquellos derechos que privilegian la dignidad humana.

Visto así, el Debido Proceso resulta coherente concebirlo como un derecho que es implícito a la tutela jurisdiccional efectiva mediante la cual se atiende a plenitud los derechos fundamentales de los justiciables así como los principios valores y reglas esenciales en el proceso judicial.

La regulación al Debido Proceso que se hace en esta normativa interna-

cional (CEDH), hace que los diferentes tribunales europeos concurran a ella en la aplicación a casos específicos, por considerar que esta es una norma que por estar acorde con las Constituciones de cada país europeo debe ser cumplida.

José Antonio Moreno (2012) sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que las garantías procedimentales que establece el artículo 6° aseguran el derecho a cada persona de reclamar ante los tribunales y de que se le garantice ante el mismo un procedimiento.

Como puede vislumbrarse de los tratados y convenios expuestos, la pre-ocupación internacional ha sido la de instituir unas normativas internacionales que sean acatadas por los diferentes países suscriptores. Como razones tienen en cuenta que cada Estado debe respetar los derechos humanos de sus ciudadanos. En la creación y aplicación de esas normas internacionales simultáneamente se creó la Jurisdicción internacional con el mismo carácter para atender todas aquellas reclamaciones en que los Estados adherentes desconocieran la normativa.

3. PERSPECTIVA DEL DEBIDO PROCESO

El Debido Proceso puede analizarse desde dos perspectivas: la primera de índole formal que hace referencia a todas las normas, principios y garantías que rigen el desarrollo del proceso como un instrumento para garantizar la efectividad de los derechos sustantivos, sobre todo cuando acepta que las normas procedimentales son soporte para la garantía del Debido Proceso y la segunda perspectiva, conocida como sustantiva, que se refiere directamente al fondo de la decisión que está relacionado con el derecho en conflicto basado en una decisión razonable y justa.

Estas perspectivas en su dimensión contribuyen a que el Debido Proceso sea un derecho fundamental complejo.

En las sociedades democráticas se viene desarrollando el reconocimiento de los derechos humanos o derechos de las personas. Como una contribución, el derecho procesal hace su aporte estableciendo un conjunto de reglas que velan por su protección. En la Constitución colombiana se consagra como valor la dignidad humana, por lo que en cualquier acto de la vida esta siempre debe ser reconocida y respetada.

Como en el proceso judicial se da una relación entre los sujetos que intervienen, cada uno de ellos deben ser tratados en función a esos valores y entender que si han acudido al órgano jurisdiccional es porque requieren que se les resuelva el conflicto y se aplique el derecho. Cuando un Estado ha vulnerado los derechos a una persona, atentando, por ejemplo, contra su seguridad o libertad con desconocimiento del orden jurídico, ese Estado desconoce las normas internacionales contenidas en los convenios y tratados, por lo que debe ser enjuiciado ante el organismo jurisdiccional competente.

Estos referentes normativos superiores deben ser aplicados prioritariamente en todos aquellos casos en que se suplique la protección jurídica de los derechos fundamentales.

También se considera como razón para el cambio que la justicia internacional a través de los órganos competentes (Corte Interamericana de Derechos Humanos), ha reconocido la violación a derechos fundamentales en que han incurrido algunos Estados imponiéndoles las sanciones correspondientes. Estas experiencias no resultan cómodas para un Estado que asume constitucionalmente la defensa y protección de los derechos de las personas y con sus propios actos hace lo contrario.

La responsabilidad que se les endilga en los juicios internacionales y las sentencias que se profieren en su contra debe producir un impacto de reflexión y conciencia para no continuar desconociéndolos y violándolos.

4. ESTRUCTURA SUSTANCIAL DEL DEBIDO PROCESO

Se concibe el Debido Proceso como un derecho de estructura compleja que integra en sí un conjunto de derechos que son independientes, pero que confluyen en su determinación como concepto integral. El quebrantamiento de algunos de ellos, es en sí un menoscabo del Debido Proceso, por eso es necesario examinar cada uno de estos derechos integrantes. No obstante, se advierte que dado el carácter progresivo de los derechos fundamentales hay la posibilidad del surgimiento de otros integrantes no contemplados aquí.

4.1. Acceso a la Justicia

Es reconocido como el derecho a ser oído, de acceder a los órganos jurisdiccionales y que conforme a la doctrina procesal se materializa mediante el ejercicio del derecho de acción en el que se accede al órgano jurisdiccional para la búsqueda de la protección por un derecho que ha sido conculcado o desconocido y que debe observarse desde el momento en que se inicia con el acto de la demanda o de la denuncia y a lo largo de todo el proceso hasta obtener la sentencia definitiva, incluso hasta su cumplimiento.

El derecho a ser oído participa de toda la estructura que implica el Debido Proceso, como realización de justicia, esto es, el derecho a alegar, contradecir, a pruebas, recursos, a ser escuchada la parte que debe soportar una cautela ya tiene conocimiento. Respecto a esto último, la Corte Suprema de Justicia (2008) considero:

Bueno es relieves que si bien el contradictorio es una garantía constitucional que comporta conceder los mismos derechos y facultades a las partes en contienda, motivo por el cual ambas deben estar, en principio, presentes en el juicio, no es menos cierto que una de las más acabadas excepciones a tan importante regla se encuentra en la institución de las cautelas, pues

en esta hipótesis el ordenamiento viabiliza su ejercicio sin que el juzgador deba, necesariamente, escuchar al afectado, vale decir, que ellas se conceden *inaudita altera parte*.

Empero, precisamente por su carácter excepcional, ello no quiere decir que el aludido principio (*inaudita altera parte*) deba aplicarse a rajatabla, o que sea con derecho absoluto del solicitante y, menos aún, que constituya un imperativo ineludible para los órganos judiciales; desde luego que criterios de urgencia, eficacia procesal y prevención de los actos maliciosos o fraudulentos del contrario lo justifiquen; sin embargo, cuando la parte que habrá de soportar la cautela ya conoce, por cualquier razón, de su existencia y por ende, su carácter preventivo se diluye, no se evidencia la razón para negarle la garantía de escucharla. Por supuesto, y esto es supremamente descollante, ello no significa antelar o anticipar la discusión que habrá de plantearse en el contradictorio pertinente.

En el caso *sub examine*, sin mayores esfuerzos puede evidenciarse que la decisión atacada transgrede los derechos fundamentales de la accionante, en cuanto no solo le impide el acceso a la justicia, sino que le desconoce el derecho al Debido Proceso, so pretexto de garantizar la efectividad de unas cautelas que aún no han sido decretadas y de las que aquella tiene conocimiento.

El principio *Inaudita altera parte* realmente no debe ser concebido con criterio absoluto, de ahí que le asiste razón a la Corte Suprema cuando admite la flexibilidad o relatividad de este principio. Es fuerte la razón porque si el destinatario de la medida tiene conocimiento de la misma y siente la necesidad de referirse a ella para señalar algún reparo, es justo que se le escuche, no hacerlo es violentar el derecho de acceso a la justicia. Lo anterior significa que aun en el trámite de medidas cautelares si la parte contra quien se decreta siente la necesidad de hacer un pronunciamiento

o un cuestionamiento a dichas medidas debe ser escuchado, porque esto hace parte del principio de contradicción y por ende el derecho a la defensa como integrante del Debido Proceso, de ahí, que no permitirle su intervención resulta menoscabando este derecho fundamental.

4.2. Derecho a un Juez Independiente e Imparcial

La figura del juez es parte esencial para la confianza de la administración de justicia, por ello, se exige que cumpla con ciertas condiciones para que su rol pueda ser garante de confianza y credibilidad; se exige que sus decisiones no deben estar influenciadas por funcionarios o servidores públicos que correspondan a otro de los poderes del Estado como tampoco a la imposición que otro funcionario del mismo poder jurisdiccional pretenda hacer, sin que implique esto último un desconocimiento al precedente jurisdiccional. Se trata simplemente que el juez bajo sus propias razones, analice los elementos fácticos y normativos, se forme su propia convicción y exponga su fundamentación y motivación de manera razonada y justa.

Debe verse desde dos puntos de vista: uno, el objetivo, con relación a la imparcialidad del justiciable; tiene el derecho a que el juez sea objetivo, se base en la realidad probatoria del proceso y se abstenga de inclinar su decisión a favor de una de las partes; el otro, el subjetivo, en el sentido que el juez no debe tener relación con las partes o la causa que afecte la decisión*.

4.3. Derecho de Defensa

Es un derecho fundamental de la persona humana, que se encuentra indisolublemente unido a la garantía del Debido Proceso. Además, permite proteger otros derechos como la libertad, seguridad, certeza, etc., que de

* En los ordenamientos jurídicos procesales se establece por ejemplo la figura de la recusación o inhabilitación. Vid. artículo 79 del CPC de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 60 del CPP colombiano, artículo 141 del C. General del P. colombiano.

no ser por esta facultad, otorgada a las partes, sería muy difícil materializarlos. Como tal derecho fundamental es irrenunciable e inalienable. Si se produjese en cualquier caso que una parte renunciara al derecho de defensa, en cualquier momento lo puede retomar sin que le sea exigida formalidad para superar la renuncia que hizo, simplemente se considera aquella como no válida. Tampoco, obviamente, puede ser sustraído o traspasado a terceras personas.

El derecho de defensa es también una garantía en función de la protección de los derechos de la persona. El jurista italiano Mauro Capelletti (2001, p. 65) define las garantías de los derechos del hombre como los instrumentos procesales (juicios o recursos), de carácter ordinario o extraordinario, que aseguran la real eficacia de esos derechos y que conforman la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

Según el profesor mexicano Héctor Fix Zamudio (1982, p.51) esta denominación agrupa el conjunto de garantías en sentido estricto, partiendo de la base de que los derechos del hombre han sido considerados acertadamente como derechos de la libertad ya que proporcionan a los gobernados una esfera jurídica protectora para lograr a través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino.

Es de la naturaleza del ser humano la defensa de su persona, en un principio (haciendo referencia a su evolución), con el uso de la fuerza como mecanismo de defensa y hoy como único ser dotado de inteligencia (racionalidad) y de un lenguaje articulado a través de normas que garantizan tanto la defensa de su persona en su doble aspecto (físico y psíquico), así como la defensa de los derechos que le atañen a él (el derecho a defender sus derechos). El derecho es quien rige las relaciones sociales, los distintos ordenamientos jurídicos presentan una jerarquía normativa que preconiza

la aplicación de ciertos deberes y derechos que van a conformar una esfera protectora del individuo sometido a esa figura del Estado que debe garantizar el efectivo cumplimiento de dichas disposiciones.

En garantía de la libertad ha sido consagrado en la normativa imperante en cada Estado el derecho a la defensa, como un derecho fundamental, ligado inseparablemente al Debido Proceso y que permite garantizar la realización de otros derechos. Nótese que el derecho a la defensa arranca del artículo 44 constitucional, pues, este estatuye la libertad como derecho inviolable, regulando las hipótesis de privación de libertad, de condena y la consagración del derecho de comunicación. El derecho de defensa es fundamental e imprescindible en un Debido Proceso, este involucra la plenitud de su ejercicio.

La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que *de facto* tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que por unas u otras razones, puede no producirse (Picó I Junoy, 1997, p.102). En el fondo, la defensa procesal de las partes constituye la implementación en el proceso de la participación de las personas que tienen interés en el litigio y pueden verse afectadas por la decisión judicial*.

El derecho de defensa permite que los individuos puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales. Es la facultad que tienen las partes

* En la doctrina europea es pacífico el criterio que la participación en el proceso es aplicación del principio democrático. Cfr. Di Ronza, P. (1978). *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale* Mapolés: EditJovene expresa que "*oldiritto di difesa è una particolare conformazione in sede giudiziaria del principio di partecipazione*" (p. 17). En España, sostienen la misma tesis, entre otros, Gimeno Sendra, Montero Aroca, Lorenzo Lujosa.

para ejercer dentro de lapsos legalmente establecidos las acciones o excepciones que consideren beneficiosas, según su condición jurídica dentro del proceso. Pero no toda acción o excepción es valedera como defensa, debido a que solo se pueden emplear medios legítimos, idóneos y pertinentes al caso. Uno de los actos más importantes para materializar este derecho lo constituye la introducción de la demanda, donde el actor plantea el problema jurídico a resolver, y la contestación a la demanda, en la cual el demandado presenta sus excepciones y defensas.

Este derecho se plantea como la posibilidad que poseen las partes para ejercer los medios legales con que pueden hacer valer sus derechos e intereses. El juez, como director del proceso, debe velar porque se respeten las garantías procesales de los justiciables en todo estado y grado de la causa*, en virtud de que así lo dispone la Constitución en su artículo 29.

Debe tenerse en cuenta, conforme a la teoría constitucional moderna que la dimensión subjetiva tradicional, de considerar al derecho de defensa como derecho subjetivo, no la agota, puesto que al mismo tiempo la defensa procesal tiene un perfil objetivo o institucional, que lleva a considerarla como un verdadero requisito para la validez de un proceso, es decir, como

* Jurisprudencia. Colombia. Corte Constitucional. 24 de mayo de 2010, Sentencia T-395 de 2010, M.P. Jorge Pretelt Chaljub "... Al tratarse de un juzgamiento en ausencia, la defensa técnica debía contar con un grado de diligencia superior, deber evidentemente ignorado en este caso, en el que la actuación del abogado defensor no sobrepasa siquiera el más laxo de los exámenes de diligencia, vulnerándose así de manera flagrante, los derechos fundamentales del actor al Debido Proceso, a la presunción de inocencia y a la defensa. Venezuela. Casación. CSJ. En conclusión, existe indefensión cuando el juez priva o limita el ejercicio por las partes, de los medios y recursos que la ley procesal les concede para la defensa de sus derechos, pero no cuando ejercido este lo declaran improcedente (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de julio de 1999, con ponencia del magistrado Héctor Grisanti Luciani, en el juicio de Liomel Finol Angulo contra Sat-Visión, S.A., Televisión por Cable en el Expediente No. 98-559, Sentencia No. 431. Tomado de Pierre Tapia, O. JCSJ. Tomo 7, Año 1999. p. 9. España). La STC 196/1987 de 11 de diciembre declara que la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 de la Constitución y reconocida al detenido en las diligencias policiales tiene un contenido distinto, como garantía del derecho a la libertad, al contenido de la asistencia letrada reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido. Tomado de www.poderjudicial.es

una garantía de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido (Carroca, 1998, p.22)*.

4.4. Derecho de *Non Bis In Ídem*

Este derecho consiste en que los justiciables deben contar con la tranquilidad de que si el caso fue juzgado e hizo tránsito a cosa juzgada no sería pertinente que se provocara un nuevo proceso marcado por las mismas causas, los mismos hechos y los mismos sujetos.

La causa juzgada debe presentar una gran efectividad, la cual puede observarse desde la eficacia que produce, vale decir, que si una situación fáctica ha sido resuelta se prohíbe que el mismo juez pueda adelantar nuevamente procesos por los mismos hechos y sujetos o a cualquier otro juez le está prohibido emitir un nuevo pronunciamiento sobre el objeto ya decidido y en firme; esto es, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos fundamentos, porque además se atentaría contra la celeridad jurídica.

4.5. Derecho a Ser Juzgado Dentro de un Plazo Razonable

Una de las situaciones que se observa en muchos países es el grado de incertidumbre y de angustia que las personas viven cuando por alguna circunstancia se han visto en la necesidad de estar involucradas en los procesos judiciales, en razón de que para definirle la causa con sentencia que queden en firme en muchas ocasiones han requerido de diez, quince y veinte años de duración del proceso. Este tiempo es demasiado exagerado

* Cfr. Denti, V. (1989). *La giustizia civile. Lesione introduttiva*, Bologna: Editorial Il Molino, pp.105 y ss., expresa “*la difesa, oltre a costituire una garanzia oggettiva per la parte, rappresenta anche una garanzia oggettiva, essendo la “correttezza” del processo un requisito postonell’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia*”. En España se ha acogido esta tesis y se ha expresado que el derecho de defensa trasciende a la simple esfera individual, y atañe al interés general, en virtud de la sociedad exige que el proceso sea decidido rectamente. Cfr. Gimeno Sendra V. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, p.75.

para definir una causa, cuando esta quiera resultar es demasiado tarde para el justiciable.

Ser juzgado en un plazo razonable es un claro reflejo del derecho a la igualdad y se reglamenta necesariamente en la dignidad humana. De ahí, que se considera que un proceso judicial demasiado extenso es un atentado a la dignidad humana, pero también es una manifestación de inseguridad jurídica para el reconocimiento jurídico del sujeto reclamado en el proceso judicial.

La ley establece plazos para la ejecución y la realización de los actos procesales, e inclusive algunos ordenamientos jurídicos como el colombiano (Art. 121 del CGP), también establecen plazos para la duración del proceso; de ahí, que la percepción que se debe tener del plazo razonable es que el proceso se realice de una manera pronta, rápida, es decir, que haya un límite de tiempo que va entre su inicio y su fin, pero que no implique en ningún caso violación a los derechos fundamentales o a las garantías constitucionales.

4.6. Derecho a la Motivación

Este derecho incluye en su ámbito de protección el derecho a tener una decisión fundada en Derecho. Ello supone que la decisión esté basada en normas compatibles con la Constitución, como leyes, como reglamentos vigentes, válidos y de obligatorio cumplimiento, a su vez al exponer los fundamentos de hecho derivados del material probatorio disponible y señalar las razones de la selección e interpretación de la normativa aplicada. La Jurisprudencia nacional de Casación 918-2011 de la Sala Civil Transitoria, considerando 7° de fecha 17 de mayo de 2011, dice:

La motivación de las decisiones judiciales como principio y derecho de la función jurisdiccional, es esencial en las decisiones judiciales, en atención

a que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el juzgador.

Este derecho de motivar las decisiones judiciales ha tenido un avance significativo en el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia en los diferentes países del mundo en particular en Colombia, tal cual como se expone más adelante detallando algunas jurisprudencias de las Altas Cortes.

4.7. Derecho a Doble Instancia y Recursos Extraordinarios

Este derecho es una manifestación del principio democrático del control de los poderes, en cuanto a la decisión judicial pueda ser examinada por un órgano superior ante el cual las partes presenten sus alegatos de impugnación en rechazo a la decisión recurrida.

El ordenamiento jurídico persigue que su aplicación sea cónsona con sus fines. A la sociedad y al Estado les interesa que se obtenga el mejor grado de justicia para que los particulares acepten el sistema y se conviva en paz social. Los medios de impugnación cooperan a los fines de perfeccionamiento en la ejecución de la función pública, de tanta significación, como es la de administrar justicia, lo que redundará en la estabilidad social y política. Por otra parte, no hay que desconocer que la justicia es administrada por seres humanos, lo que abre la posibilidad a los errores en el momento de juzgar. Se observa que en la implantación del recurso hay un doble fundamento: a) de carácter político, que tiene que ver con el equilibrio y paz social, por lo cual se reconoce el derecho individual para reclamar, ante un superior, contra los vicios o errores de los actos y decisiones procesales,

y b) de carácter filosófico, pues, toma en cuenta la falibilidad humana, lo cual puede conducir a una injusticia y siendo la finalidad del Derecho la justicia, lo más adecuado es que se construyan medios de reparar o enmendar la injusticia que se cometa por error o impericia de los jueces.

Las impugnaciones de los actos procesales han sido incorporadas al Derecho, con el propósito de proteger bienes jurídicos cuya omisión, desconocimiento o transgresión exige la reposición de la situación o acto procesal que los omitió, desconoció o transgredió.

Les interesa al Estado y a la sociedad que se alcance el grado más alto de justicia, para ello, lo más apropiado es garantizar que los pronunciamientos judiciales sean resultado de un proceso sin errores y con la garantía de los derechos de las partes. Por ello, se han establecido recursos o formas de remediar los errores o vicios cometidos en el proceso para que el resultado final sea más justo.

La doctrina actual (Montero & Flors, 2001, p.18) esboza una especie de criterio teleológico –finalista– en la fundamentación de las impugnaciones. Ha dicho que la base fundamental de la estimativa de finalidad es el funcionamiento de la garantía general del Debido Proceso, es decir, garantizar un proceso regular y legal ante un juez natural, que no altere en juicio la defensa de la persona o de sus derechos.

En el ámbito del derecho al acceso a los órganos de administración de justicia y del derecho a la tutela efectiva se comprende por natural extensión el derecho a impugnar las decisiones judiciales y a acudir a las diversas instancias legalmente previstas.

Adicionalmente, el derecho de defensa apunta a la necesidad de ofrecer al individuo, en situación de conflicto de derecho, oportunidades y condi-

ciones razonables para hacer valer sus derechos. Esto comprende el derecho de ser informado, de procurarse un defensor idóneo, de disponer del tiempo y los medios adecuados para su defensa, de cuestionar los medios demostrativos en su contra y de replicar los argumentos esgrimidos por su contraparte. Debe entenderse que el derecho de defensa ampara a las partes, e incluso a los terceros cuyos intereses pueden resultar afectados. Se puede señalar que resguardan el derecho de defensa los siguientes derechos: derecho de citación, derecho a los plazos procesales, derecho de notificación. Cualesquiera de ellos que sea violado implica una afectación al derecho de defensa y, por tanto, son causales de impugnación. En verdad, no habría por qué llamar procesal al derecho de defenderse, este es un derecho sustancial; y en muchos aspectos lo es más que el derecho debatido en juicio. Pero es su ejercicio en un proceso lo que hace que en esta materia, se utilice la tan artificial distinción del Derecho Procesal y del Derecho material. Tanto el actor, mediante la acción, como el demandado, mediante la contradicción, tienen derecho al proceso; y es a este al que, en ambos casos, se debe garantizar que sea justo. Un derecho a la defensa, genéricamente entendido, corresponde a un derecho de acción genéricamente entendido. Ni uno ni otro preguntan al actor o al demandado si tiene razón en sus pretensiones, porque eso solo se puede saber el día de la cosa juzgada. También los demandados pueden ser maliciosos y temerarios; pero si a pretexto de que sus defensas son temerarias o maliciosas se les suprimiera su derecho de defenderse, se habría anulado, haciendo retroceder un largo y glorioso trayecto histórico, una de las más preciosas libertades del hombre (Jurisprudencia. TSJ. Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de diciembre de 2000, Magistrado Alberto Martín Urdaneta)*.

* Afirma que: “Los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen los principios rectores en materia adjetiva respecto al derecho de defensa, igualdad procesal y acceso a la justicia”. Tomado de www.tsj

Por ello, entre las garantías más importantes para el justiciable es la que su juicio no quede al arbitrio de una sola persona investida de jurisdicción. Los sistemas políticos constitucionales democráticos modernos consagran en sus Constituciones los principios del doble grado de jurisdicción y la doble instancia. Estos dos términos se han utilizado como equivalentes cuando en realidad no lo son. Ambos se fundamentan en los principios democráticos presentes en la Constitución.

La Constitución colombiana de 1991 elevó a norma constitucional la doble instancia, dado que antes de su expedición no estaba contemplada como norma constitucional esta figura, así que en este año adquirió ese rol constitucional. El derecho a la doble instancia que en el sistema jurídico patrio se materializa con el recurso de apelación en el artículo 31 constitucional debe entenderse como ese derecho que tiene el justiciable de mostrar desacuerdo e inconformidad a la decisión que ha tomado el juez del conocimiento, derecho que se extiende no solo a ejercitar la impugnación, sino también a señalar de manera precisa los puntos o temas que considera que el fallador ha incurrido en error, pero también implica que el superior jerárquico escuche las razones, las fundamentaciones y los reparos que le cuestionan a la decisión y los constatare con la argumentación que sustenta las razones de la decisión impugnada.

Este recurso de apelación está instituido como recurso ordinario y tiene como finalidad que el superior jerárquico revise la decisión proferida, para ver si se encuentra ajustada al derecho, a efectos de que sea revocada o modificada. En desarrollo del principio dispositivo que informa el procedimiento judicial, a las partes les corresponde ejercitar el recurso y fijar o delimitar el ámbito de la controversia.

Cuando se produce la sentencia de segunda instancia, por el deber consagrado en la ley de motivar las decisiones judiciales, quien resulte afectado

con la decisión conoce cuál es la medida del daño que la sentencia le irroga, pero también sabe las razones de ese quebranto, por ello, cuenta con la garantía de poder establecer los reparos a la decisión judicial y fundamentar los errores en que pudo incurrir el fallador; estas razones van a ser analizadas por el superior, quien acorde a los límites trazados por el impugnante al expresar su disenso, el juez de segunda instancia emitirá su decisión.

En doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de septiembre 8 de 2009 con ponencia del magistrado Villamil Portilla fijó:

El juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras qué es lo desfavorable al apelante, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no solo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo. Tal es el genuino sentido del principio *tantum devolutum quantum appellatum* de este modo ya no es posible la apelación general (*appellatio generalis respectu causa enon valet*), pues la exigencia legal de sustentación del recurso de apelación impide que hoy haya el tipo de apelación (*apud acta*) en el que bastaba con decir “apelo”.

Otro aspecto conexo con la doble instancia es la vigencia del principio de la *reformatio in peius*. La reforma en perjuicio consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. En este sentido se dice que el juez *ad quem*, en el caso que haya apelante único, adquiere una competencia restringida, porque solo puede revisar la sentencia en lo que resulte favorable al condenado recurrente (Suárez, 2001, p.306). El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo; consiste fundamentalmente en una prohibición. No es posible reformar la senten-

cia apelada en perjuicio del único apelante. Cuando ambas partes recurren contra la misma decisión, resulta lógico que, al decidirse el recurso, se agrave o empeore la situación de alguna de ellas. Es una excepción al principio de la *reformatio in peius*, pues, tal como lo indica Montero Aroca (2001, p.134) ambas partes se contrarrestan, de modo que la estimación de uno de ellos tiene necesariamente que suponer la reforma en perjuicio de la otra parte recurrente. No ha faltado un intento de la doctrina, apoyado en ciertas doctrinas del Derecho Penal, que sostuviera la inexistencia de este principio en todas las vías de impugnación. Pero, justificadamente, esa tesis no ha hallado eco en el pensamiento procesal civil más autorizado. La prohibición de reforma en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales ya anticipadas*.

* Jurisprudencia, Venezuela. TSJ. Sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de febrero de 2001, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, en el juicio de Petrica López Ortega y otra contra Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, en el Expediente No. 00006, Sentencia No. 18. Por otra parte, aunado a lo anteriormente expresado la doctrina igualmente ha considerado, que el vicio de la *reformatio in peius*, no constituye *ultrapetita* (Sentencia No. 406, del 27 de septiembre de 1995, Exp. 90-373). Vicio en el cual puede incurrir tanto el juez de alzada como el de primera instancia, en tanto el juez de alzada como el de obligación impuesta solamente a los jueces de alzada... Ahora bien, particularmente, el vicio de *ultrapetita* está presente cuando “la sentencia provee más de lo pedido”, siendo que, en el caso sub-examen, el beneficio de la indexación acordada por la alzada y objetada por el recurrente, fue expresamente solicitada por las demandantes en el escrito de la demanda, cuando señalan; “... y que en la oportunidad del pago se haga la indexación o ajuste por inflación...”, por lo que, mal puede acusarse haber proveído sobre lo que estaba impedido, por fuerza del efecto devolutivo de la apelación. En razón de lo anterior, y establecido que la *reformatio in peius* no es considerada vicio de *ultrapetita*, es concluyente declarar, la improcedencia de la denuncia bajo estudio, no existiendo en consecuencia la violación de los artículos 12 y 244 del Código de Procedimiento Civil. Así se resuelve. No obstante, lo anteriormente resuelto, la Sala, habiendo observado con interés, la ambigüedad autoral y jurisprudencial, existentes sobre la verdadera determinación de la naturaleza y concepción, respecto a la figura jurídica del *reformatio in peius*, ha venido siendo penetrada de serias dudas en relación al criterio imperante hasta ahora, en cuanto a que dicha figura, debe ser vista como una infracción de ley atribuida al jurisdicente, y con ese fundamento debe denunciarse; por tales motivos es de imperiosa necesidad, luego de una detenida reflexión sobre el tema, y en beneficio de establecer una definitiva y certera, posición doctrinaria al respecto, considera pertinente consignar, con esta sentencia, los presupuestos que a partir de la publicación de la misma, cobrarán vigencia en la materia precitada, teniendo aplicación para aquellos recursos de casación que sean admitidos con posterioridad a la fecha que corresponda dicha publicación, y que tengan por pretensión casacionista la denuncia de la *reformatio in peius*. De esta manera, establece: Vista la figura del *reformatio in peius*, como un principio jurídico que emerge en abstracto de la conducta del jurisdicente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, es de lógica concluir, que no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que la contemple y la cual pudiera ser, verdaderamente objeto de violación directa; siendo

No puede hacer más gravosa la situación del apelante único. Su competencia está determinada por la ley y no se la abroga por su propio arbitrio. Los principios constitucionales expuestos son parte de los derechos fundamentales del hombre y han sido recogidos como normas en acuerdos internacionales. Normas que consagran el Debido Proceso, la organización judicial imparcial e idónea, el derecho de defensa –derecho inviolable–, derecho a ser oído en cualquier clase de proceso, ante un tribunal competente con las garantías establecidas y conforme a leyes preexistentes. Pero, si bien es cierto que la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales contribuye a una mayor garantía, no es menos cierto que la seguridad jurídica exige la firmeza de las sentencias y la posibilidad de ejecutarlas, por ello, se determina que las decisiones judiciales no pueden ser permanentemente recurridas, pues, dejaría de existir la justicia si se permitiese una cadena ininterrumpida de impugnaciones (Cortés, Gimeno, Moreno, 2000, p.387).

5. REFERENTES JURISPRUDENCIALES DEL DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia tanto extranjera como nacional se ha ocupado de desarrollar el Debido Proceso, ante la constante violación en que incurren los jueces al aplicar el Derecho. Muchos son los casos en que se ha percibido cómo los jueces desconocen la normativa que regula los derechos de las

así, no se puede continuar inficionando dentro del campo de los artículos 288 del Código de Procedimiento Civil y 1364 del Código Civil, para justificar la violación de una norma inexistente, argumentándose dicha ficción, en el principio de *tantum devolutum quantum apelatum*; la realidad de la conducta del *ad quem*, al desmejorar al apelante, está circunscrita a la figura jurídica de la *ultrapetita*, pues viola el principio de congruencia de la sentencia, conectado a la limitación de decidir solamente sobre lo que es objeto del recurso subjetivo procesal de apelación; en igual manera la *reformatio in peius*, está ligada a la garantía constitucional del derecho a la defensa, por lo cual quien ejerce ese derecho no puede ver deteriorada su situación procesal, por el solo hecho de haberlo ejercido. Sobre la base de estos considerandos, se deja establecido que el principio de la *reformatio in peius*, en el cual incurre el juez de alzada, al conocer la función jerárquica vertical, debe ser denunciado como una infracción de forma, sobre la violación de los preceptos establecidos en los artículos 12, 15, 243, ordinal 5 y el 244 del Código de Procedimiento Civil, y con apoyo en el ordinal 1 del artículo 313 ejusdem. Así se resuelve.

personas, que no le permiten ejercerlos conforme a las garantías constitucionales. Para restablecer los derechos vulnerados la doctrina jurisprudencial se ha fortalecido y sus referentes sirven de precedente a situaciones similares.

5.1. Jurisprudencia Extranjera

a) Debido Proceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido a bien pronunciarse en reiteradas ocasiones al tema del Debido Proceso cuando en los procesos que se adelantan por violación a los derechos humanos pueden encontrar vulnerados derechos fundamentales que lo afectan. La Corte ha sostenido que está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho pero también tiene el deber de garantizar la seguridad de la sociedad y del Estado mismo. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los acusados de determinados delitos no amerita que los estados en la investigación de los mismos tengan que ejercer el poder sin límite alguno, o que puedan valerse de cualquier procedimiento sin sujeción al derecho. En el caso particular de Castillo Petruzzi y otros en la República del Perú, la Corte ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso además de ser indispensables deben ser justiciables, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplen dentro del estado de excepción*.

Por otro lado, la Corte Interamericana refiriéndose a la normativa internacional de la Convención Americana establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. También la que establece que

* El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 86, párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 86, párr. 20.

toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitaran oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visita de un abogado, entrevistarse con él y consultarle sin demora, interferencia, ni censura y en forma plenamente confidencial. En el caso de Petruzzi observó la Corte que se había transgredido esta norma porque la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo quedaron demostradas en el caso. Los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos, los defensores tuvieron acceso al expediente un día antes de la sentencia de primera instancia, por lo que la víctima no contó con una defensa adecuada*.

El Tribunal Internacional consideró que se viola el derecho al Debido Proceso cuando al imputado se le restringe el derecho a ejercer su defensa en forma adecuada. En el ejercicio de este derecho está el poder reunirse o entrevistarse con su abogado, el de compartir información indispensable para alegar en su favor y controvertir las acusaciones. El inculcado tiene derecho a conocer a través de su apoderado los cargos que se le formulan, no hacerlo o hacerlo en forma parcial su derecho de defensa se vulnera, porque no tendría mayores sustentos para argumentar los descargos.

b) En Sentencia Chilena sobre Debido Proceso ante la Administración del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006

Manifiesta: “Que es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso. Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no es un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación con-

* Principios básicos sobre la función de los abogados relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

creta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. Transformar la secuencia “petición-negativa” en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables para el peticionario en términos de dificultades y plazos. Significaría, a su vez, exigir para casos no penales la obligación de dos procedimientos jurisdiccionales, uno que regule la petición de la información y otro que revise su denegación, lo que no es una obligación de los Estados que emane de la Convención.

De conformidad con el artículo 13 de la Convención Americana toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. La Corte Interamericana encontró probado que el Estado de Chile al responder parcialmente la solicitud que se le había formulado relacionada con una información sobre inversión extranjera, en este sentido vulneró los derechos y libertades protegidos en la misma Convención.

c) Sentencia Caso del Perú

Carlos Remotti Carbonell (2014), hace referencia a la Corte Interamericana-

na de Derechos Humanos pronunciada en situaciones ocurridas en Perú, específicamente en casos de estado de emergencia en que el gobierno basado en la Constitución Nacional y previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma declara el estado de excepción para atender las situaciones particulares del país cuando hay perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofes o por graves circunstancias que afectan la vida en la nación, tal como se prevé en el artículo 137 de la Constitución Política de ese país.

El artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite a los Estados que decreten la emergencia, poder suspender el ejercicio de ciertos derechos, como por ejemplo cuando se encuentren en una situación de guerra o pongan en peligro o amenaza la vida de la nación. Esta es una medida que tiene un carácter temporal. La suspensión a que se hace referencia es de carácter relativo dado que no se aplica a todos los derechos, sino a unos específicos, por ello dentro de esos que no aplica la suspensión está el derecho al Debido Proceso o al derecho a las garantías judiciales indispensables para protegerlos.

En el Perú, en el caso de Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en cuanto está integrada por militares en ejercicio,

* Así la CIDH ha señalado que “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias Fuerzas Armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares... Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, ‘lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción’... En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria

–quienes están sometidos a los principios de jerarquía y obediencia– no cumplían los requisitos de independencia e imparcialidad exigibles para ser considerados como órganos judiciales.

Incluye dentro de los que denomina presupuestos de actuación de la Corte Interamericana como mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos. La gravedad de los delitos investigados no puede fundamentar la vulneración de los derechos reconocidos en el convenio.

En artículo publicado por un exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ramírez García hace énfasis en la recepción sobre la doctrina de los derechos humanos en las naciones*.

El Debido Proceso en los tiempos contemporáneos ha sido reconocido con mayor fortaleza para la protección de los derechos materiales de las personas, dado que en tiempos anteriores si bien podía haberse introducido esta figura en aras de proteger sus derechos, pues se hizo de una manera muy relativa bajo el entendido de que podría considerarse solo respecto a los procedimientos que estaban establecidos en el ordenamiento jurídico, concibiéndose como si se tratara de una mera garantía procesal,

no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal". Ver a este respecto: CIDH, Caso Castillo Petruzzi contra el Perú, Sentencia sobre el fondo, de 30 de mayo de 1999, FsJs. 130 a 132.

* Es preciso destacar, así mismo las orientaciones de la jurisdicción interamericana que ha definido y reiterado en esta materia y la acreciente recepción que han tenido en la normativa la jurisprudencia y las prácticas nacionales. Nos hayamos, juez, frente a una doctrina jurisprudencial apreciable, abundante y útil para orientar las soluciones que es preciso arraigar en estos temas de cuya oportuna y adecuada solución depende, a menudo, el tratamiento de los problemas que surgen a propósito de respeto y la garantía de los derechos sustantivos en general. Se mira aquí, de nueva cuenta, el apremio de contar con garantías procesales accesibles para proteger los derechos materiales proclamados en declaraciones y convenciones. Por ello, el gran alcance que se asigna al concepto de Debido Proceso. Esta consideración se aloja también en las reflexiones de la Corte acerca de la naturaleza de los derechos y las garantías y la relación que aquellos guardan con esta, concebidas como medios de defensa (García Ramírez, S. (2012). *El Debido Proceso en la Jurisprudencia en la CIDH*, pp.6-7. www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadas_itinerantes/proceso_SGR.pdf).

pero cuando en las Constituciones se privilegian principios y valores y se afianza el respeto a la dignidad humana esa concepción tuvo que dar paso a lo que podía denominarse un ideal de justicia. Tratándose de procesos judiciales habría que garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, la cual comprende el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia motivada y con fundamento jurídico, el derecho a la efectividad de las relaciones judiciales y el derecho a invocar los medios de impugnación como control a las actuaciones judiciales especialmente las realizadas por el operador judicial.

d) Sentencia del Tribunal Constitucional Español

Consideró que el proceso es irregular cuando se infringen normas que aseguran el Debido Proceso y al respecto manifestó: “El Debido Proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el derecho”.

“El derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al Debido Proceso sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales” (Tribunal Constitucional Sentencia del 6 de diciembre de 2002).

e) Sentencia Argentina

La jurisprudencia argentina también tuvo en cuenta el cambio que debía hacerse al Debido Proceso en su aplicación de que no quedara en el mero contexto procesal, sino que se tuviera en cuenta una serie de garantías de carácter sustancial que procuraran mayor efectividad a la tutela judicial, de ahí, que el Debido Proceso pasara a ser parte de la tutela judicial efectiva. En efecto en materia penal la experiencia argentina ha sido clara en determinar la garantía de defensa al imputado de poder defenderse adecuadamente, conociendo con claridad cuál es la conducta criminal que

se le imputa por lo que pasa a constituir un deber del acusador que haga una descripción clara y precisa de la conducta imputada, la cual debe soportarse en una adecuada fundamentación fáctica y jurídica, así el imputado puede ejercer plenamente su derecho de defensa y aducir las pruebas que a bien considere para replicar la acusación (Sentencia CS Argentina, 1999/09/01).

La directriz en la Jurisprudencia argentina no solamente es acatar en lo que respecta al Debido Proceso en el proceso penal lo dispuesto en la Constitución Nacional, sino de igual manera en lo contemplado en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que toda persona culpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta tanto legalmente se demuestre culpable, el derecho a contar con el tiempo adecuado para la preparación de la defensa, ejercer a plenitud su derecho a ser oído y en general hacer valer todos los medios conducentes a su defensa.

f) Sentencia Caso en México

En México, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012, p.287) en un caso de falsedad de la firma impresa en el pagaré emitido por el uso de tarjeta de crédito, se planteó el problema jurídico acerca de si la procedencia de la acción que está sujeta a que previamente a su ejercicio el tarjetahabiente objete los cargos ante el banco emisor del plástico o ante la Conducef, y si tal pretensión se sustenta en la falsedad de la firma estampada.

Este órgano de justicia consideró que cuando se alega la falsedad de firmas puestas en el pagaré que fue emitido con motivo del uso de una tarjeta de crédito procede la acción de nulidad prevista en el Código Civil federal, sin necesidad de que con antelación se hayan agotado los procedimientos administrativos que estén pre-establecidos en las reglas expedidas por el banco de México o que puedan estar consignadas de manera precisa en el

contrato de apertura de crédito, para objetar los cargos que aparecen en los estados de cuenta.

Mucha razón le asiste a este órgano de justicia al no aceptar como presupuesto para la acción de nulidad en referencia que tenga que agotar actuaciones administrativas previas ante la entidad bancaria para acudir ante el órgano jurisdiccional, porque se estaría vulnerando el derecho de acceder a la justicia de manera efectiva y sin obstáculos en el camino para materializar este derecho constitucional.

Por otro lado, exigir al tarjetahabiente que agote el procedimiento administrativo previo, comporta una situación que se torne incompatible con la pretensión de nulidad que se sustente en el proceso judicial al considerarse que la nulidad es de naturaleza extracontractual y no amerita que se aplique lo pactado, amén de que el decreto de nulidad es de arraigo de la autoridad jurisdiccional y no de la entidad bancaria, razones suficientes para que el tarjetahabiente pueda acudir directamente al órgano jurisdiccional y demandar la nulidad referenciada.

5.2. Jurisprudencia Nacional

a) Procedencia de la Acción de Tutela contra Providencias Judiciales

En un principio la Corte Constitucional no admitió que contra las providencias judiciales se formulara la Acción de Tutela, posteriormente el órgano constitucional revisó la posibilidad considerando su procedencia en situaciones especiales. Admitió que las autoridades judiciales a través de sus providencias pueden desconocer derechos fundamentales, de ahí que perfiló la procedencia de la tutela como excepción cuando la autoridad haya incurrido en lo que se denominó desde su inicio como vía de hecho.

En Sentencia C-543 de 1992 declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2541 de 1991 referidos a la caducidad y competencia

especial de la tutela frente a providencias judiciales, basados en que se oponían a los principios constitucionales como la autonomía judicial y la seguridad jurídica, entre otros, pero sobre los criterios de la posibilidad de que la autoridad judicial puede incurrir en vías de hecho se fue construyendo una línea jurisprudencial sobre el tema estableciéndose de manera progresiva lo que a criterio de la Corte constituye los defectos para configurar una vía de hecho. En Sentencia T-231 de 1994 se dijo: si este comportamiento abultadamente deformado respecto del postulado en la norma se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (efecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación de lo otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.

La sentencia es un acto complejo del juez en el que tiene que observar varios aspectos como es el objetivo y el subjetivo, a través de un razonamiento que integre tanto la operación lógica como la material para lograr con esta última el fin perseguido en el proceso, la verdad y la justicia, considerando que no siempre que el juez incurre en errores causa lesiones a los derechos de las partes*.

* La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: **el objetivo**, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el **subjetivo**, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley; por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutoria del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso.

En los primeros peldaños de la construcción de la línea jurisprudencial sobre la procedencia de tutela contra providencia judicial por haberse incurrido en vía de hecho se configuraron cuatro defectos como son el sustantivo, el orgánico, el fáctico y el procedimental. El sustento más plausible que se puede resaltar es precisamente que los jueces están sometidos a la Constitución Nacional y a las leyes, y los mandatos constitucionales respecto a los derechos fundamentales son obligatorios y vinculantes para todos los poderes públicos; es más la Constitución consagra la nulidad de aquellos actos de los poderes contrarios a esta.

En el desarrollo jurisprudencial se consideraron dos aspectos trascendentales: el primero hace referencia a que las providencias judiciales también pueden ser atacadas por otros defectos distintos a los inicialmente contemplados, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente arbitraria y caprichosa del juez y lo segundo, llevó a cambiar

Tal razonamiento, sin embargo, no encierra únicamente el desarrollo de una operación lógica sino que requiere, para alcanzar el nivel de lo justo, como exigen los fines del Derecho, de una interpretación sobre el contenido de las normas aplicables y de una valoración consciente de las pruebas llevadas al proceso para definir la solución que, en el sentir del juez, se acomoda a las exigencias de la Constitución y de la ley.

Habida cuenta de las dificultades inherentes a esta actividad, mal pueden desconocerse las posibilidades de error judicial por apreciación equivocada de los hechos tanto como por indebida interpretación de las leyes y aún por violación abierta de sus disposiciones. El principio de la cosa juzgada no parte del supuesto de la perfección del juez, ya que resulta imperativo el reconocimiento de su naturaleza humana y, por tanto, falible.

Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurren, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del **Debido Proceso** consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros medios cuyo objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de estas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un yerro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente.

la denominación de vía de hecho por causales genéricas de procedibilidad de la acción, por estar técnicamente más ajustadas a esa realidad.

Para trazar un direccionamiento por el máximo tribunal para que los jueces se orienten al momento de resolver solicitudes planteadas a través de la acción constitucional se determinaron unos parámetros uniformes que permitieran establecer los eventos de procedencia de la referida acción contra las providencias judiciales, así se tiene que en las Sentencias C-592 de 2005 y SU-913 de 2009 sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra sentencias. Ya no se trata de decisiones groseras o abusivas del juez en las cuales trata de hacer primar su voluntad sobre el ordenamiento jurídico, sino que ahora se incluyen casos en que el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente o cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-125 de 2012) estableció como parámetros dos requisitos: a) Requisitos de procedencia, que son de carácter general orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela y b) Los de carácter específico que están centrados en los defectos de las actuaciones judiciales consideradas en sí mismas.

REFERENCIAS

- Arismendi, A. (1999). *Manual de Derecho Constitucional*. Caracas: Editorial Universidad Central de Venezuela.
- Böckenförde, E. W. (1999). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tr. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde M. Nomos Verlaggesellschaft. Editorial Baden Baden.
- Brewer Carías, A. R. (1997). *Instituciones Políticas y Constitucionales: Justicia Constitucional*. Tomo VI. San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana.

- Cabo, C. (2000). "La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones". En M. Carbonell (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (p.48). México: Edit. Porrúa-UNAM.
- Capelletti, M. (2001). *El acceso a la justicia*. Caracas: Editorial Santana.
- Camargo, P. (2002). *El debido proceso*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Leyer.
- Carroca Pérez, A. (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Carta Magna, 1215. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. [Artículo de Internet] en www.juridicas.unam.mx
- Cascajo Castro, J. L. (2004). La cultura constitucional. En M. A. Ramiro Aviles & G. Peces-Barba (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después* (pp.107-126). ISBN 84-9768-186-X.
- CIDH, Caso Castillo Petruzzi contra el Perú, Sentencia sobre el fondo, de 30 de mayo de 1999, FsJs. 130 a 132.
- Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos-El *hábeas corpus* bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, supra nota 86, párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 86, párr. 20.
- Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-125 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil ocho (2008), Expediente No. 11001 22 03 000 2008 01017 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

- Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. & Moreno Catena, V. (2000). *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Madrid: Editorial Colex.
- Cruz Villalón, P. (enero-abril, 1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 57.
- CSJ Casación Civil, Sentencia septiembre 8 de 2009, Exp. 11001-3103-035-2001-00585-01 M.P. Edgardo Villamil Portilla.
- Denti, V. (1989). *La giustiziacivile. Lesione introductiva*. Bologna: Editorial II Molino.
- Di Ronza, P. (1978). *Partecipazione e difusa dell'imputatonel proceso penale*. Mapolés: EditJovene.
- Fix Zamudio, H. (1982). *La protección procesal de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Civitas.
- Garay, A. F. (2009). La enseñanza del caso Marbury vs. Madison. *Académica Revista*, (13), 121-136. Argentina.
- García Ramírez, S. (2012). Consideraciones sobre la prueba en el Derecho Interamericano de Derechos Humanos y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. En memorias del XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre-ICDP.
- García Ramírez, S. (2012). *El Debido Proceso en la Jurisprudencia en la CIDH* (pp.6-7). [www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadas itinerantes/proceso SGR. pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadas%20itinerantes/proceso%20SGR.pdf)
- Garrido de Cárdenas, A. (2001). *El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección*. 2 tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal.
- Gimeno Sendra, V. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Gomes Canotilho, J. J. (1992). *Direito Constitucional*. Quinta edición. 2ª Reimpresión. Coimbra, Portugal: Edit. Livreria Almedina.
- Gomes Canotilho, J. J. (2004). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Dykinson.

- Gozáini, O. A. (2000). *El debido proceso constitucional*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Gozáini, O. A. (2013). *El debido proceso en la actualidad*. [Artículo de Internet] en <http://www.profesorjimenez.com.ar/idioms/7jornadasderproceconst21229803/exposiciones/gozaini.pdf>
- Jurisprudencia. Venezuela. TSJ. Sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de febrero de 2001, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, en el juicio de Petrica López Ortega y otra contra Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, en el expediente N. 00006, Sentencia No. 18.
- Jurisprudencia. Colombia. Corte Constitucional. 24 de mayo de 2010, Sentencia T-395 de 2010, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.
- Jurisprudencia. TSJ. Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de diciembre de 2000, Magistrado Alberto Martín Urdaneta [Artículo de Internet] Tomado de www.TSJ
- López Guerra, L. y otros (2002). *Derecho Constitucional*. Vol. I. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. & Flors Maties, J. (2001). *Los recursos en el proceso civil*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch.
- Moreno, J. A. (2001). Tutela Judicial Efectiva [Artículo de Internet] en www.mdifg.posgrado.uclm.es
- Picó I Junoy, J. (1997). *Principios constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Portocarrero, J. (2005). Ponencia del derecho al Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- Remotti Carbonell, C. (2014). Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. *Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades Araucaria*, (31). Sevilla, España.
- Rey Cantor, E. (2003). *Debido Proceso y Derechos Humanos*. Bogotá: Página Maestra Editores.

- CSJN en Jurisprudencia 66/2012 localización: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta; 10ª. Época; 1ª. Sala; Libro XI, agosto de 2012, tomo 1; p. 287; registro 2001313.
- Sentencia C-1001 de 2005. M.P. Álvaro Tafur.
- Suárez Sánchez, A. (2001). *El debido proceso penal*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tribunal Constitucional. España. Sentencia del 6 de diciembre de 2002, consignada en el expediente 1042-2002-AA-TC, en el proceso de amparo iniciado por Miguel Cabrera en contra de la municipalidad distrital Rimac.
- Uterino Pacheco, J. M. (1993). www.profesionalesenred.com. 27/08/2004.
- Venezuela. Casación. CSJ. Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de julio de 1999, con ponencia del magistrado Héctor Grisanti Luciani, en el juicio de Liomel Finol Angulo contra Sat-Visión, S.A., Televisión por Cable en el Expediente No. 98-559, Sentencia No. 431. Pierre Tapia, O. JCSJ. Tomo 7, Año 1999.
- Villamil Portilla, E. (1999). *Teoría Constitucional del Proceso*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

CAPÍTULO II

La Reinserción Social como Función Esencial de la Pena y el Rol del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad*

*PATRICIA GUZMÁN GONZÁLEZ***

*FRANCISCO BORRERO BROCHERO****

* Este capítulo de libro se desprende del proyecto: Hacia el cumplimiento de los fines de la pena: Reinserción social. Un estudio de caso en penitenciarías de la región Caribe colombiana. 2014-2016. Este proyecto se enmarca en la línea: Comportamiento humano, conducta punible y ordenamiento jurídico penal en el grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas. Investigador Principal: Patricia Guzmán González. Coinvestigadores: Francisco Borrero, Ibeth Villanueva, Astrid Arrieta.

** Abogada, especialista en Pedagogía de las Ciencias. Magíster en Derecho Procesal. Colíder del grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas. Jefe de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar. pguzman@unisimonbolivar.edu.co

*** Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Procesal. Docente Investigador del grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar. franciscoborrero@hotmail.com

Resulta preocupante en el sistema de ejecución de penas, la poca atención que se está prestando al cumplimiento de la función de reinserción social; evidencia de ello son los índices de reincidencia. Uno de los factores que ha agudizado la crisis carcelaria y que incide notoriamente en el tratamiento penitenciario eficaz a los condenados es el hacinamiento.

Es de resorte de Derechos Humanos la garantía que el Estado debe brindar al condenado frente a las condiciones de inferioridad por estar privado de la libertad y que debe ser sujeto de protección especial por parte del Estado en cuanto al cumplimiento de las funciones de la pena.

De acuerdo a lo establecido en el Código Penal (Art. 4), la pena debe cumplir con las siguientes funciones: Prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La reinserción social opera en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Este proyecto se realiza en convenio con el INPEC, en donde el problema de investigación parte de los resultados encontrados en el proyecto Perspectiva psicojurídica del incesto en la región Caribe financiado por Colciencias. Cuenta con la participación en calidad de auxiliares de investigación de estudiantes del Programa de Derecho, Programas de maestrías en Derecho Penal, Procesal y Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, al igual que una joven investigadora financiada por la Gobernación del Atlántico.

En atención a lo anterior, se pudo evidenciar a través de las entrevistas realizadas a condenados por el delito de incesto y otros en concurso, como también a funcionarios del INPEC, que existen falencias en la aplicación de la política de reinserción social al interior de las penitenciarías de la región Caribe debido a múltiples aspectos, entre los que se destacan: pro-

blemas de hacinamiento, presupuesto insuficiente, deficiente apoyo de profesionales de disciplinas como la psicología, psiquiatría, trabajo social, desatención de algunos jueces de ejecución de penas y otros funcionarios del orden local, departamental y nacional. Razón por la cual esta función de la pena no se está cumpliendo de la manera más idónea y eficaz.

Se está frente a la insuficiencia de políticas estatales encaminadas a dar cumplimiento a los preceptos constitucionales y supranacionales y se obliga a que por vía de tratados se brinden garantías mínimas a los condenados sobre la base de los estándares que impone la protección de los derechos humanos de estas personas como interés supremo de un Estado Social de Derecho, reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia T-153 de 1998 en la que declara a las cárceles colombianas en estado de cosas inconstitucionales.

De ahí se desprende el problema de investigación: ¿cumplen las penitenciarias de la región Caribe colombiana en la ejecución de la pena, la función de reinserción social?

Así mismo como objetivo general en este proyecto se encuentra:

- Analizar si la ejecución de la pena privativa de la libertad en centro penitenciario cumple la función de reinserción social.

Como objetivos específicos se formularon los siguientes:

- Identificar la política de reinserción social aplicada por el INPEC.
- Establecer las actividades (educación, recreación, trabajo, salud, formación espiritual y en valores) programadas para los condenados.
- Verificar si el enfoque criminológico de las Leyes 906 de 2004 y 1907 de 2014 contribuyen a la reinserción social del condenado.
- Implementar la política pública diseñada para la reinserción social establecida en el Código Penitenciario en la ejecución de la pena en los centros penitenciarios.

- Analizar atendiendo al nuevo rol del juez de ejecución de penas cómo ejercen el seguimiento al cumplimiento de la reinserción social del condenado.

La metodología trazada es la siguiente:

Estudio abordado desde el paradigma histórico-hermenéutico. Es una investigación cualitativa, donde se utilizan como técnicas de investigación: el análisis de texto, entrevistas semiestructuradas, la observación y encuesta orientada a funcionarios del INPEC y a condenados reclusos en las penitenciarías de la región Caribe. El objeto de estudio es la política de reinserción social aplicada por el INPEC a este grupo poblacional para el cumplimiento de la función de la pena: reinserción social. De esta población se tomará una muestra aleatoria de condenados teniendo en cuenta aquellos que son reincidentes, ya que es a través de ellos donde se materializa esta función de la pena.

Es tema de controversia y debate distinguir los criterios a partir de los cuales se puede afirmar que una sanción es considerada “materialmente” como pena, al igual el debate que se origina al rededor de los fines y funciones de la pena en el campo del Derecho Penal. Al respecto, se aproxima a la identificación de los aspectos materiales que permiten atribuir a una sanción de carácter penal, la denominación de pena. Por tal razón se ha pretendido elaborar el concepto material de pena, tanto en la doctrina nacional como extranjera, a partir de las posturas en torno a sus fines, las denominadas “teorías de las penas” (Guzmán y otros, 2014).

Surge una lucha de las escuelas –“clásicos vs. positivistas”– que desnudaban en su seno una discusión sobre el sentido de la pena: Retribución o prevención.

Desde el proyecto Perspectiva psicojurídica del incesto en la región Caribe el equipo investigador plasmó su concepto de pena como: aquella impuesta por el Estado como consecuencia de la comisión de un comportamiento delictivo, pero que se aplica a un ser humano que no deja de ser un hombre o una mujer sujeto siempre de dignidad en convivencia con otros en el centro carcelario y que posteriormente vuelve a la sociedad y que como tal debe ser tratado y también ser ejemplar la preparación del Estado para devolverlo a esa sociedad.

En este mismo concepto va intrínseco el que el mismo equipo investigador tiene de lo que es reinserción social. La reinserción social es el conjunto de actividades (educación, recreación, salud, trabajo, formación en valores, lo espiritual) dirigidas y orientadas al condenado en el centro penitenciario durante la ejecución de la pena para que pueda reintegrarse a la sociedad como mejor ser humano.

Es cierto que el concepto de pena va muy ligado a lo que son sus fines, de hecho la pena no debe ser mirada como un castigo si no como una consecuencia de un comportamiento que va en contravía del ordenamiento jurídico penal con fines netamente preventivos, de reeducación, de protección y de reinserción social.

Así pues la función de reinserción social, tal como lo establece la norma penal opera durante la ejecución de la pena. El Dr. Giovanni Rosanía (2012) en su obra *Apuntes sobre la ejecución de la pena* esboza que la misma hace relación, refiriéndose a la ejecución de la pena, a lo que sucede posterior a la condena proferida por el juez de conocimiento y donde entra entonces el papel del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para hacer el seguimiento al cumplimiento de la pena de quien está privado de la libertad en un centro de reclusión, quien tendrá a su cargo la vigilancia de las actividades que el condenado realiza (trabajo, estudio, deporte) para

efectos de redención de pena, reconocimiento del tiempo cumplido de la pena, aprobación de beneficios, entre otras de sus funciones en su rol de juez.

Pero no obstante a las funciones de este funcionario judicial para el seguimiento al cumplimiento de la pena del condenado, es labor primordial del juez de ejecución de penas verificar el proceso de reinserción social del sentenciado, por lo que la Corte Constitucional acierta cuando desde la jurisprudencia, se establece que “la función del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no es mecánica ni sujeta a parámetros matemáticos”, va mucho más allá y precisamente se convierte por tanto en uno de los factores, que hace que esta función de reinserción social no sea tan eficaz e idónea y tiene que ver con el seguimiento, que debe realizar el juez de ejecución de penas, al comportamiento del individuo privado de la libertad y de su restauración.

De esta manera el papel del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe ser mucho más dinámico, ya que el legislador así como lo ha investido de la función de vigilancia de la pena y del restablecimiento de los perjuicios ocasionados a la víctima, con igual celo y eficiencia debe velar por el cumplimiento de las cuatro funciones de la pena: preventiva, protectora, retributiva y de reinserción social.

Frente a esta función última y esencial para determinar la efectividad de la política criminal del país, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe entrar en contacto directo con el análisis de la personalidad del condenado; con respecto a ello, se pudo evidenciar en los resultados encontrados, desde el proyecto Perspectiva psicojurídica del incesto en la región Caribe, que cuando el condenado ingresa al centro de reclusión se le aplica un instrumento que permite diagnosticar patologías, como también rasgos distintivos de su personalidad, y a su vez su estado físico y mental,

en donde se dejan plasmadas recomendaciones para ser tenidas en cuenta durante la ejecución de la pena; entre ellas si requiere acompañamiento o tratamiento psicoterapéutico, situación que en muchas de las penitenciarías visitadas dentro del trabajo de campo con condenados por incesto, se deja de lado o no se presta la suficiente atención, generando que estos en gran porcentaje se sumerjan en trastornos depresivos severos, que se convierten en factores de riesgo con gran probabilidad de futuros suicidios.

El Código de Procedimiento Penal (Art. 38) establece las funciones que tienen los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en su numeral 4 hace alusión a lo relacionado con la rebaja de la pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza. Las actividades que se desarrollan en atención a estos aspectos para que el condenado se haga merecedor a la rebaja de la pena impuesta o a la redención de pena, si bien de acuerdo a la realidad y a la práctica en las penitenciarías de la región Caribe, estas se miran de manera aislada y desarticulada, son de apoyo vital al cumplimiento de la función de reinserción social, toda vez que coadyuvan a fortalecer competencias y capacidades de los condenados, para convertirlos en mejores seres humanos y es una forma de prepararlos para su reingreso a la libertad, a su núcleo familiar y a la sociedad.

El numeral 6 tiene que ver con la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena, así mismo el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tiene la potestad para tomar los correctivos necesarios para que el sitio de reclusión no vaya en detrimento de la dignidad humana de los condenados. Este otro aspecto se suma a los factores que deben incidir en la idónea y eficaz reinserción social.

Se tiene entonces que una vez terminado el proceso penal y ejecutoriada la sentencia, entra el rol del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad como garante de que el cumplimiento de la pena se haga de la mejor

manera; ello se extiende por obvias razones a la verificación y seguimiento de la pena que lleva intrínseco el cumplimiento de las funciones de la pena y tal como lo establece el Código Penal en su artículo 4, tanto la prevención especial como la reinserción social operan durante la ejecución de la pena. El fundamento normativo de ello se plasma en la Ley 65 de 1993 (Art. 51) modificado por el artículo 4 del Decreto 2636 de 2004.

Para el cumplimiento de la norma, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe realizar visitas periódicas a los centros de reclusión que le sean asignados de acuerdo a su competencia. De igual manera debe hacer seguimiento a las actividades orientadas a la integración social del condenado y para ello y conforme a lo anotado anteriormente, debe rendir concepto periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza, como de supervisar que así mismo se planifiquen y desarrollen otras actividades tendientes a la formación espiritual y cultural, reforzamiento de valores, como también apoyo psicoterapéutico para que el condenado, pueda llevar de la mejor manera su proceso de privación de la libertad.

Sin embargo, el legislador enfatiza que tanto el Consejo Superior de la Judicatura como el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario deben establecer los mecanismos necesarios para que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad cumpla con sus funciones.

Por otro lado, y complementando lo que es función del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, en torno al cumplimiento de la reinserción social se encuentra la supervisión de las actividades de formación, cultural y espiritual, salud física y psíquica, indispensables para la eficacia de la función de reinserción social, dentro del tratamiento penitenciario que debe propender por la preparación efectiva, idónea y eficaz del condenado para su posterior vida en libertad.

Se tiene entonces que la ejecución de la pena involucra aspectos judiciales: sustantivos y procesales contemplados en los códigos: Penal, de Procedimiento Penal, Penitenciario y Carcelario. Aspectos de carácter administrativo que tienen que ver con la aplicación de reglamentos y disposiciones establecidos en el régimen penitenciario y lo preceptuado por el Consejo Superior de la Judicatura. Pero también involucra aspectos socioafectivos y humanísticos que salen del contexto jurídico y que al final se convierten en pilar fundamental para el cumplimiento de la función de reinserción social. Por lo que se reafirma el concepto de pena y de reinserción social traído a colación por el equipo investigador en este proyecto de investigación.

De todos modos, la controversia sobre los fines de la pena ha contribuido muy poco a discutir su materialidad, es decir, sobre el “que” de la pena, limitándose casi exclusivamente a la discusión sobre el “para qué” de esta. Zaffaroni (1989) entiende por pena en sentido material “toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del Derecho”. Se afirma que la pena es dolor sin sentido, dolor sin razón y allí donde lo haya, habrá una pena.

El reflexionar en torno a los fines o funciones de la pena nos traslada al campo filosófico y jurídico en cuanto a las teorías que han surgido al respecto pero sin dejar de lado el aspecto práctico y su utilidad, gira entonces la discusión desde los teóricos: Grolman y Feverbach, Von Liszt. En cuanto a este último, se perfiló más su postulado en defender la idea de la prevención especial, al igual que Grolman (Stratenwerth, 1996) en donde el delito era concebido como una forma de manifestación social y la pena por ende, como una función social, que además brindaba protección a los bienes jurídicos y a la prevención del delito. Convirtiéndose este aspecto en el fin primordial de la pena que si bien hoy día en atención a la crimi-

nología aún se sigue sosteniendo, no es menos importante la reinserción social.

En la antigüedad y en la Edad Media se debatía, hablando de teoría de la pena, en torno a las clases individuales de pena que a la postre no llegó a nada por ser descartadas como inadmisibles por su carácter de crueles, dañosas e inútiles. Ya en la época moderna se habla de la prevención especial como uno de los fines de la pena. Se anotó que el fin de la pena debe retribuir el delito por ser un reproche de culpabilidad.

A lo largo de la evolución teórica sobre la pena se han podido establecer las teorías relativas y las absolutas donde los fines que se destacan son la retribución y la prevención general y especial. Ya la teoría absoluta no tiene asidero por tanto la pena en el Estado moderno es un instrumento político-social (Wiedergutmachung & Strafrecht, 1987), pero de igual manera se debe pensar que en nuestra época tampoco debe tener cabida lo enunciado desde las teorías relativas. Las teorías absolutas de la pena le atribuyen el suprimir del mundo un conflicto social, al igual han perdido fuerza las teorías relativas de la pena por atribuirle un único fin: la prevención.

En cuanto a la “corrección” o la resocialización se hace más difícil la discusión, al respecto algunos consideran que se trata de una receta que aún no se ha podido encontrar, debido a que los estudios que se han realizado sobre evaluación del tratamiento psicoterapéutico social, han sido hasta el momento decepcionantes (Ortmann, 1994). Los estudiosos de la teoría de la pena consideran que este fin lo que propende es por el intento de ayudar al condenado a superar las dificultades de la vida y que por tanto este no debe ser considerado como uno de los fines primarios de la pena (Baurmann, Zweckrationalitat & Strafrecht, 1987). Además se agrega que el hecho de que el condenado repare a la víctima, enfrenta al condenado a

asumir las consecuencias de su comportamiento lo que facilita el proceso de resocialización.

Así, es claro que la pena debe ser, ante todo, un mal, y ese mal se traduce en la privación de bienes jurídicos en cabeza del infractor de una norma. En otras palabras, allí donde se imponga un mal (privación de bienes jurídicos) signando socialmente el comportamiento incorrecto, habrá materialmente una pena (González, 2001).

El término pena proviene del latín *poena* que significa dolor, trabajo, fatiga o sufrimiento.

Según Rodríguez Devesa (2009), la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito. Por otro lado, Franz Von Liszt sostiene que la pena es un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito y que denota la reprobación social con respecto al acto y al autor (Villamor, 2007).

Para Parma (2009), la pena se encuentra relacionada con la formación del Estado liberal sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora.

Esta gran discusión ha sido abordada con Cessare Beccaría (1764) en su obra *De los delitos y de la pena* en donde indica que el fin de las penas no era atormentar ni afligir sino impedir a quien cometiera un delito causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Además le asignaba a la pena ciertas características: debía ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada al delito y contemplada en la ley.

Tocando ahora las concepciones modernas sobre la pena, se tiene que en torno a sus antecedentes se encuentra Enrique Bacigalupo, que en el siglo XVII elabora su primer discurso ideológico del Derecho Penal excluyendo de la potestad del Estado la venganza, diferenciando la pena de la misma y considerando la pena como una limitación de la libertad.

Hugo Grotius (2009) concluía que el fin de la pena no era más que evitar que el lesionado sufriera nuevamente lo mismo, y que había que quitarle la fuerza al delincuente para evitar que volviera a lesionar y enseñarle mediante la aplicación de un mal que no debe pecar.

De todo ello se desprendió la teoría de la coacción psicológica de Fevrbach, quien consideraba que la pena civil era el mal amenazado por el Estado mediante una ley y aplicado según ella. Por tanto el fin de la pena es la intimidación de todos, es infligirla y es una potestad del Estado imponerla.

El grado o cantidad de culpabilidad es la medida de la pena en tanto aquella determina la cantidad de esta. Al quedar fijada la culpabilidad del autor se está predicando su responsabilidad, de donde se desprende la cantidad de pena a imponer al sujeto particular y concreto responsable de una conducta delictiva.

Si la culpabilidad se entiende como capacidad normal y suficiente de motivación por la norma no hay lugar a discutir que, en la medida en que el llamado de la norma es recibido por el sujeto, dicho mensaje lo motivará a proceder en los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Por tanto se desprende de lo anterior que solamente podrá ser tenida por pena justa aquella que ponderada a partir de la gravedad del hecho frente a la culpabilidad del responsable de la acción, está en capacidad de vigo-

rizar la confianza colectiva en sus instituciones y la conciencia jurídica de la comunidad.

Pero la pena no solamente tiene que ser justa sino que debe ser respetuosa de la legalidad existente; se debe soportar en los axiomas de efectividad («facilidad») y normatividad («validez») del Derecho, de donde su legitimidad dependerá del respeto a los límites que disponga el orden jurídico en tanto expresión de una razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales (Poveda, 2010).

Roxin elaboró la teoría dialéctica de la pena y sostiene que la misma tiene una triple función: cuando la ley amenaza con penas cumple una función de prevención general; cuando aplica penas tiene una función retributiva y cuando ejecuta penas se trata de una cuestión de prevención especial (resocializa), atendiendo a lo expuesto por Roxin (1997).

Este criterio de Roxin se aproxima a lo que la Corte Constitucional (Sentencia C-239 de 1996) plantea por cuanto establece que la pena tiene en el sistema jurídico un fin preventivo que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones, un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta su ejecución de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.

Lejos de cumplirse en la actualidad con dos de los fines de la pena como son la prevención y la reinserción social, se comparte la postura de Zaffaroni, quien es humanista y bien contempla que el poder punitivo utiliza la privación de la libertad cuando somete a una persona a cumplir una pena en un lugar cerrado (cárcel) donde desempeña su actividad cotidiana

(dormir, alimentarse, trabajar, estudiar, recrearse y demás). En la realidad este sitio se convierte en un caldo de enfermedad, suicidio, deterioro físico y mental que lejos de preparar al condenado para volver a la sociedad lo separa más de la misma, por tanto es objeto de estudio y de gran preocupación enrumbar las políticas de tratamiento penitenciario hacia el verdadero cumplimiento de los fines de la pena que le permitan a este recibir un trato digno y a su vez en caso de requerirlo, seguimiento y control psicoterapéutico a fin de prevenir la reincidencia que demuestra cada día más que la pena así como es aplicada no está cumpliendo con su espíritu verdadero.

En la actualidad y atendiendo a los resultados arrojados del proyecto Perspectiva psicojurídica del incesto en la región Caribe financiado por Colciencias, del cual quedó como producto el libro titulado *El incesto desde la perspectiva psicojurídica. Una mirada holística del delito para un tratamiento penitenciario eficaz*, que dio origen a este proyecto de investigación que centra su objeto de estudio en la función de reinserción social que debe cumplir la pena, se tiene que la imposición de esta y su ejecución y cumplimiento se da por el hecho o el comportamiento delictivo, pero se está dejando de lado la persona que ha cometido el delito, ya que detrás de la pena impuesta hay un ser humano, un sujeto de derechos, que tiene una historia, un drama, unos anhelos y una esperanza en la justicia; entonces la pena lejos de encontrar el alcance de sus funciones históricamente declaradas, está denotando el fracaso histórico de las penas privativas de la libertad, que no solo perjudican al condenado sino que traen consecuencias funestas a su núcleo familiar, que en la mayoría de los casos terminan en aislamiento o ruptura, generando en él alto riesgo de suicidio, ocasionado por serios trastornos depresivos desapercibidos para el centro carcelario, que muy pocas veces atiende estos graves problemas de salud mental por carecer de recursos y por no contar con profesionales que puedan brindar tratamiento oportuno y así contribuir a una verdadera reinserción social.

Hay que reconocer que existe una crisis carcelaria y hay poco interés social por abordar y darle solución eficaz a esta problemática, de ahí se dice con propiedad que las cárceles se convierten en sitios o escuelas del delito más que en centros de reeducación y protección (Flores, 2008).

Todo esto ha generado que hasta la Corte Constitucional haya declarado que el sistema de prisiones es un estado de cosas inconstitucional (Sentencia T-153 de 1998), por lo que el llamado es hacia la mirada de la política criminal que albergue la posibilidad de la búsqueda de sustitutos penales alternativos a la pena privativa de la libertad o paralelos a la misma.

En el campo internacional siempre ha existido una gran preocupación por el estudio y análisis de la situación carcelaria y del tratamiento que debe dársele al condenado por un delito, razón por la cual se promueven congresos internacionales que abordan esta problemática. Los pioneros en la organización de estos congresos fueron los países europeos y el primero de ellos se realizó en Alemania (Frankfurt).

En Colombia, uno de los tratadistas que más se ha enfocado sobre la problemática carcelaria y penitenciaria es el doctor Juan David Posada Segura (2009), quien explica en su obra la naturaleza del derecho penitenciario dentro del ordenamiento jurídico enmarcándolo bien unos dentro del Derecho Penal y otros dentro del Derecho Administrativo.

En todo caso, el hecho de haberse acuñado el término de tratamiento penitenciario y las reglas mínimas para que ese tratamiento sea eficaz y óptimo tiene que ver también con la protección de los derechos de los condenados que por estar privados de su libertad no pierden la connotación de seres humanos; en atención a ello de igual manera le corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad lo atinente a la redención de penas por ese conjunto de actividades literarias, deportivas, artísticas tal

como lo establece la Ley 65 de 1993, pero este aspecto tan importante no debe mirarse solo como un ejercicio matemático donde se haga el cómputo de abonar un día de reclusión por dos días de trabajo, sino que esas actividades además propendan por la reinserción social del condenado y que el juez más que saber hacer el cálculo verifique a través de profesionales de las Ciencias Sociales y Humanas que los programas que el INPEC planifique para el cumplimiento de ello puedan mejorar competencias, aptitudes y actitudes de los condenados que los hagan sentir personas valiosas para la sociedad, dejando de lado el estigma de estar reclusos por haber sido encontrados culpables en la comisión de un delito.

Sumado a lo anterior también se hace alusión al buen comportamiento o buena conducta, para ello precisamente se debe apoyar al juez de ejecución de penas en valoraciones periódicas de profesionales como psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, miembros de la academia, servidores religiosos que puedan de manera holística describir si el condenado está asimilando de la mejor manera la ejecución de la pena.

ENFOQUE CRIMINOLÓGICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, POLÍTICA CRIMINAL Y LA FUNCIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal se mantienen y fortalecen instituciones procesales que se pueden considerar como sanas medidas de política criminal, en el sentido que se flexibilizan las anteriores instituciones que habían sido tratadas como sanas y buenas medidas de política criminal, sobre todo en sus normas originarias, y se crean otras nuevas. Se pueden citar entre ellas: Los mecanismos sustitutivos de la pena que comprenden la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y la detención domiciliaria. El principio de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, preacuerdos y negociaciones. Los mecanismos de justicia restaurativa que comprende: La conciliación, La media-

ción, los mecanismos alternativos a la privación efectiva de la libertad y la ampliación del número de delitos querellables.

Con respecto a las garantías constitucionales fundamentales como la presunción de inocencia y la dignidad humana, el nuevo sistema de investigación por su nuevo diseño constitucional y por su tendencia acusatoria requería de esta nueva orientación en materia político-criminal, donde la libertad fuera la regla general y la detención la excepción, y se humanizara además tanto el régimen de detención preventiva como la misma efectividad o ejecución de las penas.

Desafortunadamente en nuestro país un gran sector de la población que tiene una mentalidad carcelaria, mira al infractor de la norma penal como su enemigo y todavía ven el proceso penal con fines vindicativos, reacciones estas que provocaron lo que se viene llamando “la contrarreforma al sistema penal acusatorio”, con la expedición posterior de leyes que han procurado recortar el alcance o cobertura de respetables, humanizadoras, buenas y sanas medidas. Ello es fiel reflejo que en la práctica y en nuestra realidad a pesar de que la pena debe cumplir con cuatro fines, las teorías absolutas de la pena cobran vigor ya que la pena siempre será vista como un castigo.

Tanto en la parte sustantiva (Ley 599 de 2000), como en la parte procedimental (Ley 906 de 2004) y en el régimen penitenciario y carcelario, se encuentran instituciones legales, sustantivas y procesales, donde se manifiesta o refleja el enfoque criminológico de nuestro sistema penal e inclusive se puede mencionar o incluir también la nueva Ley 1709 de enero 20 de 2014 que modifica el régimen penitenciario y carcelario.

Parte sustantiva

La Ley 1709 de 2014 introdujo una reforma al CP en lo concerniente a los mecanismos sustitutivos de la pena. En la parte sustantiva se tienen los

artículos 38 y 38B, 38C, 38D, 38E, 38F, 38G. El 38A fue derogado por el artículo 107 de la Ley 1709 de 2014, 63, 64; y podríamos mencionar también su artículo 56.

El 38 se refiere a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario.

El 63 se refiere a la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

El 64 se refiere a la Libertad Condicional.

El 56 del CP se refiere a la incidencia de las situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en la ejecución de algunos delitos.

Los cuatros primeros están agrupados bajo la denominación de Mecanismos Sustitutivos de la Pena.

El quinto, o sea el artículo 56, consagra algunas circunstancias conocidas como degradantes de la pena que pueden tener, en algunos casos el alcance de excluir la responsabilidad, o la punibilidad. Y se refiere a la incidencia directa de la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en la ejecución del delito.

Parte procedimental. Ley 906 de 2004

En la parte procedimental se hace referencia a los artículos 307 literal b, 321, 325, 348, 518 y ss. del CPP.

RÉGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO. LEY 1709 DE ENERO 20 DE 2014

Algunas leyes tales como la 1121 de 2006, 1142 de 2007, cuyo más drástico, severo y reaccionario artículo 27, la Corte Constitucional declaró su

constitucionalidad condicionada, y la 1142 de 2007 esta última declarada inconstitucional a buena hora, dictadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 906 de 2004 han desnaturalizado la orientación filosófica que en materia de política criminal estaba inspirada la reforma penal o el nuevo modelo de procedimiento penal, la 1453 de 2011 y 1474 de 2011.

Juan Carlos Arias Duque (2005), al referirse a la necesidad de una reingeniería en la Administración de Justicia manifiesta:

Frente al panorama que presenta nuestra realidad social, política y económica, la repuesta a los brotes de violencia social concretadas en conductas desviadas, debe ser en última instancia la represión; y, la Administración de Justicia, particularmente la Fiscalía General de la Nación, debe moverse dentro de los conceptos de prevención del delito, como actividad justificadora y legítimante de su ejercicio de la acción penal en nombre del Estado. Es la forma justa, ética, moral y políticamente correcta como se le debe responder al conglomerado en relación con la grave situación social que vive la gran mayoría del pueblo colombiano. Además resulta más ventajoso en términos políticos y económicos observar, planear y prevenir, que intentar corregir o solucionar las situaciones de injusticia con represión.

Una justicia penal dirigida a superar las desigualdades, entendida en clave de Derecho Penal mínimo y fiel al postulado del Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ello en las discusiones del Acto Legislativo 03 de 2002 se manifestaba:

“Seguimos equivocados en creer que con solo dogmática penal, incremento de penas y hacinamiento carcelario, logramos derrotar el delito, olvidándonos por completo de la falta de prevención del mismo, de combatir su etiología, de hacer criminología crítica”.

Tal como se reseñó en líneas anteriores, esa poca atención que se le ha prestado al cumplimiento de la función de reinserción social, que se evidencia en los altos índices de reincidencia, y que prácticamente ha fracasado, el Estado se puede decir que desde el punto de vista formal comienza a preocuparse por reorientar la política criminal un poco más a la prevención y es así como se expiden leyes que apuntan a esa gran tendencia a prevenir la criminalidad, ofreciendo a la vez una política criminal flexible y de reivindicación social.

El Decreto 2157 de 1992 reestructuró el artículo 22 “División de prevención del delito”.

Ley 65 de 1993. Régimen Penitenciario y Carcelario (modificada por la Ley 1709 de enero 20 de 2014).

Decreto 200 de 2003.

Ley 888 de 2004 modifica el Decreto 200 de 2003 en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal.

Ley 906 de 2004 CPP implementa el sistema penal con tendencia acusatorio.

Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia.

Ley 1709 de enero 20 de 2014 que modifica el Código de Régimen Penitenciario y Carcelario.

Decreto 2055 de octubre 16 de 2014 del Ministerio de Justicia (Minjusticia). Reglamenta el funcionamiento del Consejo Superior de Política Criminal.

REFERENCIAS

- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arias Duque, J. C. (2005). *El proceso penal acusatorio colombiano: nuevo manejo de la prueba*. Bogotá, D.C.: Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Ayala Corao, C. (2007). *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Argentina: Universidad de Talca.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baurmann, Zweckrationalitat & Strafrecht (1987). Citados por G. Stratenwerth (1996), *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Primera edición. Sello Editorial Universidad Externado de Colombia. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, (8).
- Beccaría, C. (1764). *Tratado de los delitos y de las penas*. Citado por G. Cabanellas de Torres (1993), *Beccaria y su obra*. Argentina: Editorial Heliasta SRL.
- Código Penal Colombiano.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano.
- Código Penitenciario y Carcelario. Ley 65 de 1993, Ley 1709 de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de septiembre de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías*. Quinta edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Flores Idrovo, L. (2008). *Derecho Penal comentado*. Cuenca: Editorial Nuevo Mundo. Citado por C. Parma (2009), *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal? El espejo del Derecho Penal* (p.110). Primera edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2013). *Aspectos liberales y sociales del derecho penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

- González, R. L. (2001). *El concepto material de pena en la dogmática y en la política criminal*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE. Salta 461 - (3400) Corrientes-Argentina. Consultado en <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-039.pdf>
- Grotius, H. Citado por C. Parma (2009), *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal? El espejo del Derecho Penal* (p.69). Primera edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Guzmán, P. y otros (2014). *El incesto desde la perspectiva psicojurídica. Una mirada holística del delito para un tratamiento penitenciario eficaz*. Primera edición. Barranquilla: Sello Editorial Universidad Simón Bolívar.
- Malarino, E. (2012). *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana.
- Ortmann, Z. (1994). Citado por G. Stratenwerth (1996), *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Primera edición. Sello Editorial Universidad Externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, (8).
- Parma, C. (2009). *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal? El espejo del Derecho Penal*. Primera edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Posada Segura, J. D. (2009). *El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad*. Bogotá, Colombia: Comlibros y Cía. Ltda.
- Poveda Perdomo, A. (2010). *Conferencia: La pena, sus fines y la culpabilidad*. Publicado en <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2010/01/la-pena-sus-fines-y-la-culpabilidad.html>. Consultado febrero 22/2014 12.57 P.M.
- Prieto Sanchis, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Perú: Editorial Palestra.
- Rodríguez Devesa. Citado por C. Parma (2009), *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal? El espejo del Derecho Penal*. Primera edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- Rosanía Mendoza, G. A. (2012). *Apuntes sobre la ejecución de la pena*. Primera edición. Colombia: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Rico Puerta, L. A. (2012). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Riso Ferrand, M. (2011). *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Editorial Ibáñez y Universidad Javeriana.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y estructura de la teoría del delito*. Madrid: Ed. Civitas.
- Silva Sánchez, L. (2006). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Stratenwerth, G. (1996). *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Primera edición 1996. Sello Editorial Universidad Externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, (8).
- Villamor Lucía, F. (2007). *Derecho Penal Boliviano. Parte General*. Tomo I. Segunda edición. La Paz: Editora Talleres de Inspiración Cards.
- Wiedergutmachung & Strafrecht (1987). Citado por Stratenwerth, G. (1996). *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Primera edición 1996. Sello Editorial Universidad Externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, (8).
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. (1989). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

CAPÍTULO III

Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica*

*XAVIER ABEL LLUCH***

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora (DER 2013-43636-P) del que es Investigador Activo; y del Grupo de Investigación Consolidado sobre Derecho Probatorio de la AGAUR (2014SGR438).

** Magistrado. Doctor en Derecho. Exprofesor de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por finalidad profundizar en dos nociones fundamentales del Derecho Probatorio, como son los estándares de prueba y las reglas de la sana crítica, el primero propio de los sistemas del *common law* y el segundo propio de los países del *civil law*, y más concretamente, del sistema procesal español y de algunos sistemas procesales iberoamericanos que también lo han acogido.

Se intentará trazar las semejanzas y las diferencias de ambas instituciones y su relación con las reglas y principios del Derecho Probatorio.

2. ESTÁNDARES DE PRUEBA

2.1. Noción

En los sistemas anglosajones se utilizan las expresiones *standard of evidence* o también *quantum of proof*, cuyo equivalente más cercano en los sistemas del *civil law* sería el de dosis de prueba. Con esta expresión se identifica la regla que establece el nivel mínimo de suficiencia probatoria, o en palabras del Tribunal Supremo americano, el *standard of evidence* tiene por finalidad “instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración” (*In re Wip*)*.

Para entender mejor la noción de estándar de prueba es necesario, por una parte, aludir a la finalidad del proceso, y por otra, dejar constancia de algunas particularidades de los sistemas anglosajones.

En cuanto a lo primero, hay que empezar por señalar que el tema de la verdad como fin del proceso ha preocupado desde hace mucho tiempo tanto a los filósofos del Derecho como a los procesalistas, algunos de los

* *In re Wip* 397 US 358, 370 (1970).

cuales piensan que la verdad no *puede* ser alcanzada en el proceso, por ser una cuestión filosófica y ajena al proceso; mientras otros creen que la verdad no *debe* ser alcanzada en el proceso, pues este tiene por fin la resolución de un conflicto intersubjetivo. Con carácter general puede afirmarse que la verdad es siempre relativa, pues depende tanto de la información suministrada como del método empleado para determinarla. Se ha afirmado acertadamente que “la verdad de que se habla en el proceso ha de concebirse como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica” (Taruffo, 2009, p.29). El interminable debate sobre prueba y verdad ha comportado que no pocos autores defienden que, ante la dificultad de alcanzar la verdad en el proceso, solo puede aspirarse a alcanzar una probabilidad sobre la verdad o, más exactamente, un grado de probabilidad. Simplificadamente, suelen distinguirse dos concepciones de la probabilidad: la llamada probabilidad “pascaliana”, basada en métodos estadísticos y que ha tenido su expresión cualificada en el llamado Teorema de Bayes, y la llamada probabilidad “baconiana”, basada en la confirmación de enunciados, más ajustada al razonamiento probatorio, y que considera válido aquel enunciado que, con base en las pruebas, alcance un grado de confirmación lógica.

Resulta también necesario, para entender la noción de estándar de prueba, trazar algunas particularidades del sistema procesal anglosajón. Siguiendo en este punto a Damaska (1977, pp.8 y ss.), podemos resumir las siguientes: En primer lugar, la complejidad en la regulación de la prueba, derivada de la obligatoriedad del precedente, la ausencia de unos principios generales –y la sobreabundancia de un sistema de excepciones y contraexcepciones–, y la peculiaridad con que las fuentes acceden al proceso. En segundo lugar, por la preocupación por filtrar el material que accede al jurado, pues existen numerosas reglas –y entre ellas la más conocida es la *hearsay rule*– que excluyen pruebas sobre la base que pueden ser sobrevaloradas o influir en sentido desviado al jurado. En tercer lugar, la primacía en

la averiguación de los hechos y en la ausencia de normas sobrevaloración probatoria, pues el legislador confía en el sentido común o la experiencia del juez o jurado para la apreciación de los hechos. Y, por último, la división de funciones entre el juez y el jurado. Sin entrar en matizaciones, y como regla general, puede afirmarse que el juez se ocupa de las cuestiones de Derecho y el jurado en las cuestiones de hecho (*ad quaestionem facti non respondet iudicis, ad quaestionem legis non respondent juratores*), citándose entre las cuestiones de hecho las relativas a la credibilidad de los testigos que declaran, la eficacia de los medios de prueba y la existencia o inexistencia de hechos controvertidos (Keane, 2008, p.30).

El Derecho anglosajón reconoce solamente dos estándares de prueba, uno propio del proceso penal y recogido en la expresión *beyond any reasonable doubt*, y otro propio del proceso civil, y plasmado en la fórmula *preponderance of evidence*. La distinción entre ambos estándares fue formulada, por vez primera, por el juez Denning en el caso *Miller v. Minister of Pensions* en los términos literales siguientes:

La prueba más allá de toda duda razonable no significa la prueba más allá de la sombra de la duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades caprichosas de desviar el curso de la justicia. Si existe una prueba tan concluyente contra una persona para dejarle solo una remota posibilidad en su favor, y dicha posibilidad podría ser descartada con la frase <por supuesto que es posible pero no es probable> el caso ha sido probado más allá de una duda razonable, pero nada menos que esto no sería bastante.

Y en la misma sentencia se añade:

La dosis está bien establecida. Es necesario una dosis razonable de probabilidad, aun cuando no tan elevada como la requerida en el proceso penal.

Si la prueba es de tal entidad que el tribunal puede decir: <es más probable que no>, la dosis de prueba se ha satisfecho, pero cuando las probabilidades son iguales, la dosis de prueba no se ha satisfecho” (Miller v. Minister of Pensions, 1947).

2.2. El estándar *beyond any reasonable doubt*

Los orígenes de este estándar se han situado en la Edad Media y en el contexto de la teología moral cristiana, en la que los actos de enjuiciamiento de los semejantes podían tener consecuencias para la salvación de la persona encargada de juzgar, llegándose a sostener que un jurado que tenía dudas debía tomar la decisión más segura (esto es, la absolución) o abstenerse de juzgar. Por eso al jurado se le tranquilizaba y se le decía que podía sentirse seguro, mientras sus dudas fueran “razonables”.

Es un estándar seguido particularmente en los países anglosajones, y también se ha recogido en algunos ordenamientos del *civil law*, como el Código Penal italiano, y en algunas legislaciones iberoamericanas, como los artículos 7, 372 y 381 del CPP de Panamá y el artículo 340 del CCP de Chile. Su fundamento radica en la conocida máxima o convicción general que es preferible la absolución de muchos culpables a la condena de un solo inocente, aun cuando también se ha aducido una especial protección de la libertad (Ferrer, 2007, p.48), y el respeto a los principios fundamentales del proceso penal relativos a las garantías procesales del imputado, la racionalidad de la decisión judicial y la motivación de la sentencia (Taruffo, p.83).

En las resoluciones de los tribunales se alude a dos formulaciones de este estándar:

- a) *Beyond any reasonable doubt*, que es la formulación más conocida y clásica de este principio, que ha traspasado las fronteras del *common law*, y que en su literalidad originaria y en palabras del juez Denning, reza:

It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favor which can be dismissed with the sentence <of course it is possible, but not in the least probable>, the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice (Miller v. Minister of Pensions, 1947).

- b) *Satisfied so that you feel sure* (o más simplemente *sure of guilt*). Recogemos aquí la formulación del juez Lord Goddard: *If a jury is told that it is their duty to regard the evidence and see that it satisfies them so that they can feel sure when they return a verdict of guilty, that is much better than using the expression <reasonable doubt> and I hope in future that will be done (Summers, 1952).*

No cabe duda que la expresión *beyond any reasonable doubt* ha adquirido carta de naturaleza en los tribunales anglosajones y en la literatura jurídica de estos países, y es conocida más allá de sus fronteras, pero no es menos cierto que las indicaciones del *Judicial Studies Board* apuntan a que es preferible la fórmula sentirse seguros y no pocos tribunales de apelación recuerdan insistentemente que los jueces deben evitar la tentación de definir un estándar –como el *beyond any reasonable doubt*– que para muchos resulta indefinible y más confuso cuanto más se intenta definir.

Las resoluciones de los tribunales remarcan que cualesquiera que sea la fórmula empleada, lo importante es que el tribunal adquiera la convicción sobre la culpabilidad del acusado. Resulta sumamente significativa la apreciación del Lord Diplock, quien afirmaba: “si el jurado ha entendido que debe sentirse seguro y no debe dictar un veredicto de condena a menos que se sienta seguro, y que la carga de la prueba la tiene la acusación y no la defensa, es irrelevante que el juez utilice una u otra expresión” (Walters v. R., 1949).

Uno de los intentos más completos y recientes por precisar el alcance del estándar *beyond any reasonable doubt* se debe a Laudan, quien ha llegado a proponer hasta cinco posibles interpretaciones: 1) Certeza apropiada a las decisiones importantes de la vida (*BARD as that security of belief appropriate to import decisions in one's life*); 2) Tipo de duda que haría vacilar a una persona prudente respecto de actuar o no actuar (*BARD as the sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*); 3) Perdurable convicción de culpabilidad (*BARD as an abiding conviction of guilt*); 4) Una duda razonable es una duda por la cual se puede dar una razón (*Reasonable doubt as a doubt form which a reason could be given*); y 5) Duda razonable como probabilidad alta (*BARD as high probability*) (Laudan, 2008, pp.36-37).

Aun cuando cada una de estas formulaciones puede ser objeto de alabanzas y críticas, la que probablemente resulte más acertada, cuando menos, desde una perspectiva del *civil law*, es la de una “probabilidad alta”, pues si partimos de la premisa –ya expuesta– que el proceso penal busca un grado de probabilidad de verdad, habrá que concluir que, a diferencia del proceso civil, este porcentaje debe situarse muy alto, lo que, traducido en términos matemáticos, podría formularse como que el jurado para pronunciar un veredicto de culpabilidad requiere una certeza de 0,9 sobre 1 o, lo que es equivalente, del 95 %.

A pesar de su generalización y de su uso frecuente se trata de un estándar que ha recibido numerosas críticas. Unas se dirigen hacia su propia expresión o terminología, pues se afirma que no está claro cuando una duda puede calificarse como “duda legal”, ni tampoco cuando esta puede calificarse como “duda razonable” (Whitman, 2008, p.1), resultando una noción muy subjetiva y que queda al albur de cada juez o jurado. Otras críticas subrayan la dificultad de encontrar un mínimo común denominador que permita cuantificar el grado de culpa exigible o, dicho en otros términos, el margen de error tolerable. Y, desde otra perspectiva, se ha

censurado su eficacia probatoria, pues se afirma que se trata de un estándar que tuvo su origen en las Cortes norteamericanas, donde los jurados no precisan motivar sus veredictos, añadiéndose que todos los intentos de cuantificar el concepto de “duda razonable” tampoco han fructificado (Taruffo, 2010, p.249).

2.3. El estándar de la *preponderance of evidence*

Paralelamente y en el ámbito del proceso civil se ha desarrollado el estándar de la *preponderance of evidence*, también llamado *preponderance of probability*, *balance of probabilities* o *greaterweight of evidence*. Nada mejor que recurrir a la autoridad doctrinal de los autores anglosajones para precisar su significado. Para McCormick, “la prueba es preponderante cuando es más conveniente para el tribunal de los hechos que la prueba opuesta” (McCormick, p.57) y para Murphy “el tribunal de los hechos debe poder afirmar, sobre el conjunto de toda la prueba, que el caso para la parte demandante se ha mostrado como más probablemente verdadero que falso” (Murphy, 2009, p.111). Desde la órbita continental, Ferrer Beltrán afirma que “una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la contraria” (Ferrer, 2007, p.47).

También puede enunciarse afirmando que entre varias hipótesis sobre la existencia o inexistencia de un hecho debe elegirse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica. Este estándar suele operar sobre la base de dos conocidas premisas o reglas: la del *más probable que no* y la de la *prevalencia relativa a la probabilidad*.

La regla del *más probable que no* implica que cada enunciado fáctico puede considerarse verdadero o falso y el juez debe elegir la hipótesis que tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra. Presupone que existe una única hipótesis sobre un mismo hecho.

Debe estimarse como prevaleciente la hipótesis positiva sobre el hecho cuando las pruebas han confirmado la verdad del enunciado del hecho. Así, por ejemplo, si sobre un hecho existe una confirmación probatoria del 75 % eso significa que la hipótesis negativa solo tiene una confirmación del 25 % y, por ello, la hipótesis positiva sobre el hecho es *más probable que no* y debe tenerse por acreditada.

Por el contrario, debe estimarse como prevaleciente la hipótesis negativa sobre el hecho cuando no haya pruebas sobre la existencia del hecho, o la prueba resulte débil o incierta, o contradictoria, y también cuando haya pruebas que demuestren la hipótesis de la inexistencia del hecho (Taruffo, 2010, p.424).

La regla de la prevalencia de la probabilidad implica que sobre un mismo hecho existen varias hipótesis diferentes. El juez deberá partir de la regla *más probable que no* y tomar en consideración solo aquellas hipótesis que tengan una confirmación positiva y, de entre ellas, aquella que haya recibido el grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (a, b, c) y cuyos grados de probabilidad son del 40 %, del 55 %, y del 75 %, tendremos que elegir la hipótesis c con un grado de confirmación del 75 % puesto que es la hipótesis que ha recibido el grado de confirmación mayor (Bassat, 2007, p.82).

Ahora bien, tanto la *regla del más probable que no* cuanto la *regla de la probabilidad prevaleciente* presuponen que ha de existir un “mínimo necesario” para que la hipótesis pueda reputarse por verdadera y ese mínimo es del 50 %. Pongamos un ejemplo: si el enunciado a tiene un grado de confirmación del 40 % y el enunciado b tiene un grado de confirmación del 30 %, parecería que deberíamos tener por verdadero el enunciado a, pero ello no es posible porque existe una posibilidad del 60 % que el enunciado a sea falso y una posibilidad del 70 % que el enunciado b sea falso, y ambos de-

ben ser tenidos por falsos, dado que no cumplen con el mínimo necesario del 50 % de confirmación probatoria.

Ciertas interpretaciones judiciales han introducido matizaciones en el estándar de la *preponderance of evidence*, bien porque se efectúan alegaciones graves (conductas criminales o desacato al tribunal, por ejemplo), bien porque se producen graves resultados (la pérdida de custodia por un padre, por ejemplo). Se ha sugerido distinguir entre el “estándar flexible” (*flexible approach*) –cuando el estándar de prueba puede variar en función de la gravedad de los hechos– y la “probabilidad precedente” (*prior probability approach*) –cuando el estándar de prueba permanece inalterable pero se necesita mayor grado de prueba para satisfacerlo porque los sucesos más graves son los menos probables– (Redmanynne, 1999, p.174). La diferencia fundamental entre el “estándar flexible” y el de la “probabilidad precedente” es que el primero incrementa el estándar de prueba, mientras el otro contiene una mención o consideración sobre la cantidad de prueba precisa para alcanzar el estándar civil.

Nada mejor que la casuística de los tribunales para ilustrar ambos enfoques. El caso *Bater v. Bater* es un claro ejemplo del estándar flexible, y en él Lord Denning tras afirmar que un asunto civil “debe ser acreditado por la preponderancia de probabilidades” añade “pero puede haber distintos grados de probabilidad dentro de ese estándar. El grado depende del caso en cuestión. El tribunal civil que enjuicia un caso de fraude puede exigir mayor grado de probabilidad que en un caso de negligencia”*. Se entiende que el grado de probabilidad requerido para satisfacer el estándar civil debe ser proporcional con la ocasión y debe ser flexible, aun cuando esta flexibilidad no puede borrar la distinción entre los estándares de prueba civil y penal, pues en un asunto civil no se exige un grado de probabilidad

* [1950] 2 ALL ER 458.

tan elevado como en un asunto penal, aunque existan alegaciones de naturaleza penal.

Y el caso *Re H* es una buena muestra del estándar de la “probabilidad prevaleciente”, y en este caso Lord Nicholls afirma: “cuando el tribunal pondera las probabilidades debe tener en cuenta como factor [...] que a mayor gravedad de la alegación menor probabilidad que haya ocurrido y, por tanto, más fuerte debería ser la prueba antes que el tribunal pueda decidir que la alegación ha quedado acreditada sobre el balance de probabilidades”*. Se entiende que el estándar se basa en una correlación entre la gravedad del hecho y la frecuencia o probabilidad de su ocurrencia, de suerte que cuanto más improbable sea el hecho mayor cantidad de prueba será necesaria para satisfacer el estándar de prueba.

2.4. El estándar *clear and convincing evidence*

Reconocido en los Estados Unidos –pero no así en el Reino Unido, donde solo se admiten los clásicos *beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*– pretende ser una medida más exacta y precisa de este último.

Se ha formulado con distintas expresiones en función de los tribunales y de los diferentes Estados, pero las más frecuentes son: *byclear and convincing evidence*, *clear, convincing and satisfactory*, *clear, cogent and convincing* y *clear, unequivocal, satisfactory and convincing* (McCormick, p.574). Se ha sugerido que acaso estas expresiones resulten más entendedoras para el jurado e incluso que aun serían más asequibles si el jurado entendiera que la certeza de un hecho es “altamente probable” (Wigmore, 1981, pp.424-431).

Se ha aplicado en casos de fraude u otros con hechos ilícitos semejantes, en casos donde hay particulares intereses en juego, como procedimientos

* [1950] 2 ALL ER 458.

de deportación y privación de nacionalidad, o en procedimientos civiles para internar indefinidamente a un enfermo mental contra su voluntad (Choo, 2009, pp.56-57). Destaca el valor de los intereses en juego y debe utilizarse cuando hay un riesgo serio para la reputación de una persona o cuando el Estado tiene interés en que una persona mantenga su estado o su libertad (Dennis, 2010, p.499).

Se ha objetado que un estándar intermedio, como el de la *clear and convincing evidence*, puede resultar perjudicial en los asuntos criminales, no solo por la propia vaguedad de sus términos –que lo son por el de *beyond any reasonable doubt* o *be ingsure*–, sino porque pueden comportar potencialmente la errónea condena de personas inocentes y son incompatibles con los principios fundamentales de la prueba penal. Si se demanda un estándar de prueba más flexible, se corre el riesgo que el jurado puede llegar a razonar que, cuando no se ha probado la culpabilidad del acusado “más allá de una duda razonable”, la condena es preferible a la absolución porque se ha perpetrado un delito grave y puede ser peligroso para la sociedad, la libertad del acusado con lo que se debilita la presunción de inocencia (Roberts & Zuckerman, 2010, pp.256-258).

2.5. El equivalente en Derecho continental

Hasta aquí nos hemos referido a los estándares de prueba y conviene preguntarse ahora si esta expresión tiene un equivalente en Derecho continental. Preciso es comenzar por afirmar que la propia expresión “estándar de prueba” es ajena a la tradición de los sistemas continentales, en los que normalmente existe un juez profesional encargado de la valoración de la prueba y rige el principio de motivación de la sentencia, con recurso al sistema de libre valoración (motivada) o de la prueba legal.

Existen varias razones por las que la noción de estándar de prueba no encaja en el Derecho continental. Primera, porque no siempre hay co-

rrespondencia entre los conceptos jurídicos pertenecientes a diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, como son los del *common law* y del *civil law*. Segunda, porque las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez *después* de aplicar las reglas de valoración de la prueba. Y tercera, porque en el sistema del *common law* se pueden aplicar simultáneamente ambos conceptos, el de estándar de la prueba y el de la valoración de la prueba, que es lo que hace el jurado cuando decide sobre el estándar del *beyond any reasonable doubt* –aplica el estándar– sobre la base de un sistema de la libre valoración de la prueba –aplica una regla de valoración de la prueba–, mientras que en el sistema del *civil law* no hay, en principio*, estándares de prueba preestablecidos (Paúl, pp.4 y 5).

Los epígrafes que se suceden a continuación se centrarán en el análisis del sistema de valoración más común en Derecho continental, que es el de la sana crítica.

3. REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

3.1. Orígenes y expansión

Dejando otros precedentes**, la expresión reglas de la sana crítica aparece recogida, por vez primera, en un Código Procesal Civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1885, en relación con la prueba de testigos, en los términos literales siguientes: “Los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos” (Art. 317 LEC 1855). Con escasas variaciones en su formulación

* Y digo “en principio” porque se podría argüir que en los sistemas del *civil law* aún subsisten vestigios de prueba tasada que implícitamente contienen un estándar de prueba.

** Pueden citarse el artículo 148 del Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846; el artículo 1 del Real Decreto para la aplicación del Código Penal y el artículo 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852 sobre jurisdicción de hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación.

legal fue recogido también por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, ahora ya no solo con respecto a la prueba testifical (Art. 659 LEC 1881), sino también con respecto a la prueba pericial (Art. 632 y 609 LEC 1881). Y, por supuesto, aparece consagrado en la vigente LEC de 2000, con respecto a la prueba testifical (Art. 376 LEC), pericial (Art. 348 LEC), electrónica (Art. 382.3 y 384.3 LEC) y, en parte, con el interrogatorio de las partes (Art. 316.2 LEC).

Lo verdaderamente sorprendente ha sido su expansión en numerosos códigos procesales iberoamericanos, y entre ellos: a) artículos 163.5, 368 y 477 del Código Procesal y Civil y Comercial de la Nacional de Argentina (Ley 17.454, Boletín Oficial 27-08-1981 modificado por Ley 25.488, Boletín Oficial 22-11-2011); b) artículos 145, 186 y 202 del Código Procesal Civil de Bolivia (Ley 439, de 19 de diciembre de 2013); c) artículo 295 del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil de 12 de marzo de 2012; d) artículo 187 Código Procesal Civil Colombia (Decreto 1400 de 6 de agosto de 1970, Diario Oficial núm. 33.150, de 21 de septiembre de 1970, Código derogado por la Ley 1564 de 2012 en los términos establecidos en el artículo 626, que rige a partir de 10 de enero de 2014); e) artículo 330 Código Procesal Civil de Costa Rica (Ley 7130, de 16 de agosto de 1989); f) artículo 115 Código Procesal Civil de Ecuador (Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005); g) artículo 127 *in fine* Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (Decreto-Ley 107, de 14 de septiembre de 1963); h) artículo 245.1 Código Procesal Civil de Honduras (Decreto 211-2006, promulgado el 20 de febrero de 2007); i) artículo 980 Código Judicial de Panamá (Libro II. Procedimiento Civil, diciembre 2001); j) artículo 269 Código Procesal Civil de Paraguay (Ley 1337, de 4 de noviembre de 1988); k) artículo 139.2 y 140 del Código Procesal Civil de Uruguay (Ley 15.982, de 18 de octubre de 1988, leyes modificativas de 28 de septiembre de 1997); l) artículo 507 Código Procesal Civil de la Gaceta Oficial, núm. 4.209, Extraordinaria, de 18 de septiembre de 1990.

Y es de destacar que en muchos de estos códigos se establece, como regla general de valoración de la prueba, las reglas de la sana crítica, salvo disposición en contrario.

3.2. Concepto y caracteres

No es fácil ofrecer una noción de la sana crítica y así resulta de los diversos intentos doctrinales, que unas veces han puesto el acento en su función valorativa (“son las reglas del correcto entendimiento humano”) (Couture, 2004, p.221), otras en su contenido (“son las máximas de la ciencia, de la técnica o de la experiencia”) (Fairén, 1991, p.538) y otras veces en ambas dimensiones (“sana crítica supone que el órgano jurisdiccional debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología o de la experiencia que, según su criterio personal, sean aplicables al supuesto concreto”) (Montón, 1978, p.389).

Puede resultar muy útil la noción descriptiva que, a partir de la propia expresión legal, proporciona Guasp al afirmar que la sana crítica “son los criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una realidad) (Guasp, 1947, p.647).

Por nuestra parte, y en definición sintética, podemos afirmar que son las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia. Y con un poco mayor de extensión, precisaremos que son las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar la valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano.

Como caracteres de las mismas, y resumidamente, podemos señalar, en primer lugar que se trata de reglas no jurídicas, esto es, principios, axiomas, máximas o directrices, que deben servir de medida para ajustar el razona-

miento (Garcíaandía, 1999, pp.266 y ss.), sin que tales reglas aparezcan escritas ni codificadas. En segundo lugar, tienen un doble carácter estable –en cuanto contienen reglas lógicas e inmutables– y contingente –en cuanto contienen reglas de experiencia, variables en tiempo y lugar–. En tercer lugar, son reglas de carácter valorativo, como ya se ha dicho, y su finalidad fundamental es fundar una decisión racional de la valoración probatoria. Y, por último, son reglas tendencialmente expansivas, pues aun cuando se aplican originariamente a las pruebas testifical y pericial, también pueden aplicarse a otra clase de medios de prueba, como el interrogatorio de las partes, la prueba electrónica o la prueba de reconocimiento judicial.

Ahora bien, afirmar que las reglas de la sana crítica son las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia puede resultar una afirmación retórica o excesivamente vaga si a continuación no se explica cuáles son los principios de la lógica, cómo se aplica la experiencia o cómo se valida la ciencia.

3.3. Reglas de la lógica

Contrariamente a lo que un profano podría pensar, cabe afirmar que no existe una única concepción de la lógica, existiendo simplísimamente, una lógica clásica –o lógica deductiva estándar– y otras concepciones lógicas, entre las que destacan las lógicas deónticas y las lógicas divergentes. Pero existe cierta coincidencia en afirmar que la finalidad de la lógica es verificar la “calidad del razonamiento” (Alchourrón, 2010, p.42).

La lógica clásica parte de las reglas de inferencia, que unen las premisas con las conclusiones, y pueden ser deductivas o inductivas. En las reglas de inferencia deductivas hay una relación de necesidad entre las premisas y las conclusiones, de suerte que si las premisas son verdaderas, las conclusiones son necesariamente verdaderas. Así, por ejemplo, sería una regla de inferencia deductiva el siguiente ejemplo: “El juez que cometa un acto de prevaricación debe ser condenado a una pena mínima de un año; el juez *J*

ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto el juez *J* debe ser condenado a una pena mínima de un año” (Atienza, 2013, p.173).

En las reglas de inferencia inductivas hay una relación de probabilidad de manera que si las premisas son verdaderas, las conclusiones son probablemente verdaderas, aun cuando pueden no serlo. Veámoslo en el siguiente ejemplo, que también nos proporciona Atienza: El testigo *T* manifestó que vió cómo *A* amenazaba con una pistola a *B* en el lugar *L* y en el tiempo *T*; la autopsia mostró que *B* falleció en el lugar *L* y el tiempo *T* por los disparos de una pistola; cuando la policía fue a detener a *A*, encontró que tenía en su poder la pistola que luego se probó era la misma que se había disparado contra *B*, por lo tanto *A* causó la muerte de *B*” (Atienza, 2013, p.178).

Existe una estrecha relación entre la lógica y la argumentación judicial, hasta el punto que se ha afirmado que “sin lógica no puede existir valoración de la prueba” (Devis, 2012, p.278) y algunos ordenamientos jurídicos –entre ellos la Ley de Enjuiciamiento Civil española– han llevado hasta su quinta esencia el papel de la lógica prescribiendo que toda sentencia deberá ajustarse “siempre a las reglas de la lógica y de la razón” (Art. 218.2 *in fine* LEC). Pero conviene profundizar en esta relación entre lógica y argumentación judicial en una doble dirección.

En una primera dirección para afirmar que la lógica se constituye en elemento necesario, pero no suficiente o completo de la argumentación judicial. Y en una segunda dirección para afirmar que la argumentación judicial debe respetar siempre los principios de la lógica. Veamos ambas afirmaciones separadamente.

La lógica debe integrar el razonamiento judicial, pero este no se agota en la lógica, puesto que también participa de las reglas de la experiencia (máximas de experiencia), de las reglas de la ciencia e incluso de otros

aspectos (como pueden ser la intuición o el sentido de justicia). Ahora bien tampoco resulta posible, a mi modo de ver, estandarizar un proceso lógico pesante del juez, pues ni todos los jueces siguen un mismo proceso lógico, ni siquiera un mismo juez aplica la lógica del mismo modo. Cualquiera que se haya enfrentado al proceso lógico de un juez sabe o conoce que, unas veces el juez alcanza una decisión y con posterioridad busca la justificación y otras, por el contrario, la decisión es un lento proceso de decantación lógica. De ahí que se haya afirmado que a veces se produce una inversión de la lógica formal, de manera que el juez se esforzará “por encontrar *a posteriori* los argumentos lógicos más idóneos para sostener una conclusión previamente sostenida por el sentimiento” (Calamandrei, 2009, p.125)*.

En otra dirección, la argumentación judicial no puede desconocer los principios básicos de la lógica. Resumidamente expuestos estos principios son: a) de identidad, pues una cosa solo puede ser igual a sí misma; b) de contradicción, pues una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones distintas entre sí, o en otras palabras, “ninguna proposición puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo” (Echave, Urquijo & Guibourg, 1983, p.84); c) de razón suficiente, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia; y d) de tercero excluido, pues si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes (Couture, 2004, p.222). El desconocimiento de las reglas o principios de la lógica permite la revisión de la valoración probatoria ante el juez superior en el recurso de apelación, y esa misma ignorancia permite incluso que la valoración probatoria pueda acceder a

* Este autor también afirmaba que “al juzgar, la intuición y el sentimiento tienen muy a menudo una participación más importante de lo que a primera vista parece; por algo, diría alguno, sentencia, deriva de sentir”.

ser revisada en casación, al tratarse de una valoración arbitraria, al margen de las reglas de la lógica.

En el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia interpreta la referencia a las reglas de la “lógica y la razón” (Art. 218.2 *in fine* LEC) estableciéndose entre la “exposición argumentativa” del juez o tribunal decisor y “el carácter lógico de la interpretación o conclusión deducida”, entendiéndose que se colma la exigencia legal con la formulación de la primera, por comprender que el carácter lógico de la interpretación o conclusión es una cuestión de fondo y propia del recurso de casación. De este modo el Tribunal Supremo distingue entre: a) exigencia de motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho –“exposición argumentativa”– cuya denuncia se incluiría en el artículo 469.1.2º LEC –como infracción de una norma reguladora de la sentencia– y b) motivación lógica y acertada, que se entiende como una cuestión de fondo solo revisable en casación*.

Desde otra perspectiva, conviene analizar las relaciones de la lógica con la búsqueda de la verdad y con los estándares de prueba, a los que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, debe afirmarse que la valoración probatoria debe asentarse sobre una “probabilidad lógica”, entendida como la confirmación de un enunciado fáctico sobre la base del conocimiento disponible en cada caso (Taruffo, 2009, p.402). Frente a una probabilidad “pascaliana” o cuantitativa, que calcula la frecuencia de un evento determinado dentro de una clase de sucesos, se alza una probabi-

* Puede resultar muy ilustrativa la STS, Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2010, fto. jco. 2º (RJ 2010/227) al afirmar: “El motivo debe desestimarse porque la exigencia del artículo 218.2 *in fine* de la LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, no la conclusión de este orden extraída, efectuada por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias de un recurso de casación”. Y en sentido similar puede verse STS, 30 de diciembre de 2010 y 26 de octubre de 2012, fto. jco. 3º (RJ 2013\2271).

lidad “baconiana” o lógica, que permite establecer el grado de confirmación lógica de un enunciado –en nuestro caso, resultado de los medios de prueba– sobre ese mismo hecho (Taruffo, 2010, p.422). Como se ha afirmado acertadamente “el conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable” (Ibáñez, 2001, p.22).

La valoración probatoria conforme a la lógica debe respetar el estándar legal de prueba de cada proceso. La probabilidad prevaleciente (*preponderance of evidence*), propia del proceso civil, establece que “el umbral (de certeza) de los hechos en el 50 % o en la regla más probable que no” (Laudan, 2008, p.64) y la duda razonable (*beyond any reasonable doubt*), propia del proceso penal, exige un grado particularmente elevado de confirmación probatoria, con la finalidad de evitar la condena de un inocente. Es necesario delimitar el estándar de prueba de cada proceso, esto es, conocer la dosis o regla mínima suficiente para tener por probado un determinado hecho en el proceso civil o penal. Y es necesario que los estándares de prueba posibiliten un control intersubjetivo de las valoraciones probatorias.

3.4. Reglas de la experiencia

El recurso a la lógica puede ser necesario, pero no suficiente, porque en la valoración probatoria, a menudo, se valoran hechos relativos a la vida humana para los que son necesarios conocimientos psicológicos o sociológicos o máximas de experiencia que, según clásica expresión de Stein, “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros” (Stein, 1990, p.22).

La noción de máxima de experiencia, acuñada por Stein, ha causado for-

tuna entre los países del *civil law* porque en el ámbito del *common law* es un concepto bastante desconocido, siendo más común aludir al *stock of knowledge* o *background of knowledges*. En palabras de Taruffo, es una “regla general basada en la experiencia de una cierta cantidad de sucesos concretos” (Taruffo, 2009, p.441).

Siguiendo al mismo Taruffo suelen atribuirse a las máximas de experiencia una triple función (heurística, epistémica y justificativa). La función heurística es aquella que permite la construcción de hipótesis, fundamentalmente a través del método de la abducción, y sirve para construir el relato de los hechos (también llamados *stories*) que el abogado debe presentar al juez. La función epistémica es aquella que permite al juez la determinación de la verdad o falsedad de los hechos narrados por los abogados en sus escritos de alegaciones. Y la función justificativa es aquella que permite al juez motivar la decisión sobre los hechos probados o no probados (Taruffo, 2009, pp.446-449).

Para una correcta utilización de las máximas de experiencia Taruffo formula las cuatro “reglas de uso”, resumidamente expuestas: 1ª regla: no atribuir carácter general a una máxima de experiencia que no lo tiene (ej. decir que <usualmente> o <a veces> sucede X, no equivale a decir que <siempre> sucede X); 2ª regla: la validez de una máxima de experiencia formulada con carácter general puede resultar desvirtuada por un ejemplo contrario (ej. la existencia de un solo cisne negro es suficiente para contradecir la máxima general según la cual todos los cisnes son blancos); 3ª regla: no resulta válida la máxima de experiencia que resulta desvirtuada por los conocimientos científicos generales (ej. aun cuando una mayoría pensara que el Sol gira alrededor de la Tierra, la ciencia ha demostrado lo contrario); y 4ª regla: no es válida una máxima de experiencia que resulta contradicha por otra máxima (Taruffo, 2009, pp.451-452).

Las máximas de experiencia han desempeñado un papel fundamental en la valoración de la prueba testifical, donde también han confluído las aportaciones de la psicología del testigo que se ha ocupado, entre otros aspectos, de los factores que aumentan o disminuyen la sugestión del testigo, de la idoneidad del esquema legal del interrogatorio y de la aportación de criterios para la evaluación de la credibilidad del testimonio. No podemos abordar en este estudio todas estas realidades pero sí dejar constancia, siquiera resumidamente, de algunas de sus aportaciones: a) la importancia de la llamada entrevista cognitiva en la declaración del testigo, que permite la recuperación de información de la memoria, siguiendo una conocida secuencia de pasos –introducción, recuerdo libre, cuestionario, repaso e informe–; b) la importancia y mejor ajuste del interrogatorio penal, con la iniciativa judicial, a los postulados de la ciencia de la psicología del testigo, que el interrogatorio civil, usualmente basado en un sistema de preguntas y repreguntas por las partes.

En la valoración del dictamen pericial, y ante la dificultad de listar las máximas de experiencia especializadas que aporta el perito, se ha ofrecido una sistematización de criterios jurisprudenciales del modo siguiente:

1. Criterios personales, inherentes a la persona del perito y a su relación con las partes que determinan la competencia profesional del perito y su imparcialidad, redundando en una mayor calidad del dictamen: a) la cualificación del perito; b) la vinculación del perito con las partes; c) la concurrencia de algún motivo de tacha en el perito.
2. Criterios relativos al objeto del dictamen, derivados de la clase de encargo que asume el perito y del análisis de los llamados aspectos <no técnicos> del dictamen: a) la clase de dictamen pericial, distinguiéndose el peritaje científicamente objetivo del de opinión; b) la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen pericial; c) la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial.

3. Criterios relativos a las operaciones periciales: a) la intervención de las partes en las operaciones periciales; b) el método empleado por el perito; c) las condiciones del reconocimiento; d) la práctica conjunta de la prueba pericial con otras pruebas.
4. Criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen, comprensivos de aspectos formales o externos, tales como la fecha de emisión o la emisión de más de un dictamen pericial, y aspectos que integran el llamado análisis técnico del dictamen, y relativos a la solidez de las conclusiones, el grado de conclusividad o las máximas de experiencia empleadas por el perito: a) la proximidad del dictamen con la fecha de los hechos; b) la concurrencia de varios dictámenes periciales y el criterio mayoritario; c) el carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen; d) la conclusividad del dictamen; e) la revisión de las máximas de experiencia técnica empleadas por el perito.
5. Criterios relativos a la contradicción del dictamen pericial, derivados de la intervención del perito en el acto de la vista o del juicio: a) la ratificación o rectificación del perito; b) la posibilidad de careo entre peritos; c) la ampliación de extremos de la prueba pericial.
6. Criterios relativos a principios del Derecho Probatorio y de la doctrina jurisprudencial: a) valoración conjunta de todos los anteriores criterios; b) principio de apreciación conjunta de la prueba; y c) proscripción de la arbitrariedad (Abel, 2012, pp.728-741).

3.5. Reglas de la ciencia

El recurso a la llamada “prueba científica” es cada vez más patente y ya no solamente en el ámbito de las llamadas “ciencias de la explicación” (o “ciencias naturales” o “duras”, como la física, la química, la ingeniería o la genética), sino también en el ámbito de las llamadas “ciencias de la comprensión” (o “ciencias humanas”, como la psicología, la sociología, la historia o la antropología), pues ya no solo se recurre al genetista para la determinación del ADN de una persona, sino también al psicólogo para

determinar el progenitor más idóneo para asumir la guarda y custodia, por citar tan solo un par de ejemplos.

Se afirma la infalibilidad de las pruebas científicas, partiendo de una sobrevaloración epistémica, en el sentido que las pruebas científicas se basan en leyes universales aplicadas a través de una rigurosa metodología científica y una sobrevaloración semántica, en el sentido que el resultado de la prueba científica aporta ya la solución judicial. Y se olvida que la validez de la prueba científica depende de la validez científica del método usado, de la utilización de la tecnología adecuada y del seguimiento de rigurosos controles de calidad, y también se olvida que el resultado de la prueba científica aporta la probabilidad de unos datos analíticos y científicos, pero no la probabilidad de la hipótesis judicial que debe ser examinada a partir de esos datos (Gascón, 2013, pp.183-187).

Un hito insoslayable en el auge de la prueba científica lo constituye la famosa sentencia *Daubert*, dictada en el año 1993 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Dauber v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993), en la que el magistrado Blackmun estableció los siguientes criterios para admitir la validez de una prueba científica: a) una teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba (ensayo); b) la teoría o técnica ha sido sometida a revisión entre pares y publicada (revisión por pares); c) se conoce la tasa de error actual o potencial (tasa de error); d) hay estándares que controlan la operación de la ciencia o técnica (publicación); y e) la ciencia o técnica tiene un grado significativo de aceptación dentro de la comunidad científica (aceptación general) (Taruffo, 2013, p.204).

Cualesquiera que sean las críticas que puedan efectuarse a esta sentencia, es indudable que ha traspasado las fronteras del sistema del *common law*, y que ha tenido la virtud de listar unos criterios que sirven bien para la admisibilidad –en los sistemas anglosajones–, bien para la valoración –en los

sistemas continentales– de la prueba pericial científica, y también, como efecto indirecto, a no sobrevalorar la “autoridad” del perito (Champod & Vuille, p.26)*.

Para que el juez evite la tentación de someterse acríticamente al dictamen pericial se hace necesario proporcionarle cánones valorativos de la prueba pericial científica, que permitan discriminar el acceso al proceso de la “buena ciencia” y el rechazo de la ciencia basura (*junkscience*). Siguiendo en este extremo a Pérez Gil (2010, p.168), podemos distinguir:

1. Por razón del origen de la aportación científica deberá atenderse, entre otros factores: a) la parcialidad objetiva del perito designado de parte, pues este puede, obviamente de forma sutil, forzar los datos científicos disponibles, silenciando los datos contrarios a la parte que asesora o presentando como dominante una tesis minoritaria, por citar un par de ejemplos; b) la elección de la fuente de conocimiento, evitando el anonimato en las fuentes de investigación científica y precisando si el perito ha sido designado por una de las partes, por ambas de común acuerdo o por el órgano judicial, y c) la cualificación del perito, con referencia a su titulación, nivel de especialización, condición de entendido en la materia, pertenencia a una comunidad de saberes, como puede ser un colegio profesional, intervención de academias, instituciones culturales y científicas, la actuación integrada en el ámbito del tribunal, como la participación de los cuerpos especiales al servicio de la Administración de Justicia (médicos forenses e integrantes del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses). Aun cuando la titulación (competencia profesional) y especialización (idoneidad de

* Afirman que la sentencia *Daubert* “insiste de manera implícita sobre el escepticismo que el juez debe mantener hacia el perito, el cual deja de ser considerado como miembro de una élite con autoridad y pasa a ser un agente social comparable a cualquier otro, eventualmente sometido a presiones de orden político y económico que puedan alterar su dictamen”.

los conocimientos) suelen ir parejos, deben distinguirse, pues dentro de una misma especialización, no todos los peritos han alcanzado el mismo grado académico y unos gozan de mayor prestigio académico que otros (Flores, 2005, p.397).

2. Por razón del método (la “buena ciencia”) pueden atenderse a los siguientes factores: a) la utilización del conocimiento disponible, siendo necesario que el conocimiento científico se funde en una literatura de calidad contrastada y que se haya producido con carácter previo a su utilización procesal y no con ocasión de ella; b) la selección racional de los procedimientos de aplicación de conocimientos utilizados, debiendo explicitarse si se han empleado varios métodos científicos o uno de los ellos con exclusión de los demás; el grado de aceptación del método empleado en la comunidad científica –incluyendo el grado o nivel de error y también el nivel de error o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la técnica o teoría científica– (Nieva, 2010, p.296), su actualización, y la existencia de opiniones eventualmente contrapuestas (Dóhring, 1986, pp.252, 253)*; y c) los parámetros y referentes externos de fiabilidad, como por ejemplo, el DSM-IV en la pericial psiquiátrica; la llamada Escala de Beaufort para calificar la velocidad del viento; el baremo de indemnización de secuelas definitivas de la Ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados –que pese a su falta de fundamento científico, es una de las herramientas más utilizadas en la práctica diaria de los tribunales–.

* Resultan muy esclarecedoras las siguientes aspiraciones de este autor: “A veces, las tesis principales que subyacen al dictamen pertenecen al credo de una determinada orientación, pero no están de modo alguno universalmente reconocidas [...]. El receptor tiene entonces que poner en claro si la orientación defendida por el perito es la única confiable, o si existen también otras concepciones que podrían conducir a un resultado distinto. En sí, el dictaminador tiene que decir hasta qué punto su juicio podría ser posible de dudas. Cuando sean varias las opiniones posibles, no deberá pasar en silencio las que diverjan de la suya, sino que deberá mencionarlas y discutirirlas”.

4. EPÍLOGO

A modo de epílogo o resumen interesa destacar las siguientes ideas:

Primera. El término estándar de prueba (*standard of proof*) aparece vinculado a la tradición jurídica del *common law*, y como una suerte de instrucciones que el juez ofrece a los jurados para fijar la regla mínima de suficiencia probatoria, distinguiéndose solamente dos estándares, uno propio del proceso penal y condensado en la expresión *beyond any reasonable doubt* e interpretado como la necesidad que el jurado se sienta seguro para emitir un veredicto de culpabilidad, y otro propio del proceso civil y condensado en la expresión *preponderance of evidence*, interpretado como el deber del juez de tener por acreditadas aquellas afirmaciones que hayan recibido mayor sustento probatorio.

Segunda. El equivalente en derecho continental a los estándares de prueba, son las reglas de valoración de la prueba, y entre ellas destacan, por su frecuencia y cada vez mayor extensión en los ordenamientos jurídicos, las reglas de la sana crítica, que pueden ser definidas como las reglas derivadas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia, aun cuando para profundizar en esta definición se hace necesario indicar cómo funciona la lógica, cómo se aplica la experiencia y cómo se valida la ciencia.

Tercera. Las reglas de la sana crítica como reglas de la lógica deben respetar los principios fundamentales de la lógica –identidad, no contradicción, de tercero excluido y razón suficiente–, debiendo el juez efectuar una exposición argumentativa de la interpretación o conclusión deducida, de modo que cualquier sentencia que se aparte de la lógica, por resultar absurda o irracional, podrá ser sometida a revisión en casación.

Cuarta. Las reglas de la sana crítica como reglas de la experiencia son generalizaciones, fundadas normalmente en leyes científicas o naturales, que

cumplen en la valoración probatoria una función justificativa, en cuanto facilitan al juez la justificación externa de la premisa de hecho de la decisión y la valoración de la credibilidad de los hechos, revistiendo particular importancia en la valoración de la prueba testifical y la prueba pericial.

Quinta. Las reglas de la sana crítica como reglas de la ciencia cada vez van adquiriendo mayor importancia como consecuencia del auge de las llamadas “pruebas científicas”, siendo necesario aportar cánones valorativos al juez que le permitan la introducción o valoración de la buena ciencia en el proceso y el rechazo de la llamada *junkscience*, y todo ello con la finalidad de evitar que el juez se someta acríticamente a la prueba pericial científica y pueda actuar a modo de *gatekeeper* de la validez de la prueba científica.

REFERENCIAS

- Abel Lluch, X. (2012). *Derecho Probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Alchourrón, C. E. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Ed. Marcial Pons.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Trotta.
- Bassat Torres, N. (2007). *La duda razonable en el proceso penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Ed. Gón-gora.
- Couture, E. J. (2004). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. En E. J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, tercera edición. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Champod, C. & Vuille, J. Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms. *European Committé on Crime Problems*, 10, 26.
- Choo, A. L-T. (2009). *Evidence*. Second edition. Oxford University Press.
- Damaska (1977). *Evidence law adrift*. Yale University Press.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

- Dennis, I. (2010). *The law of evidence*. Fourth edition. Sweet & Maxwell.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría general de la valoración probatoria*. Tomo I, sexta edición. Bogotá: Ed. Temis.
- Dóhring, F. (1986). *La Prueba. Su práctica de apreciación* (trad.) Banzhaf). Buenos Aires.
- Echave, D. T., Urquijo, M^a. E. & Guibourg, R. A. (1983). *Lógica, proposición y norma*. Ed. Astrea.
- Fairén Guillén, V. (1991). Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. En *Revista de Derecho Procesal*, 1.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Ed. Marcial Pons.
- Flores Prada, I. (2005). *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Garciandía González, P. M^a. (1999). *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Navarra: Ed. Aranzadi.
- Gascón Abellán, M. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. En *Estándares de prueba y prueba científica* (pp.183-187). Ed. Marcial Pons.
- Guasp, J. (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II, volumen 1, segunda parte. M. Aguilar, editor, Madrid.
- Ibáñez, A. P. (2001). “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”. En *Lenguaje forense, Estudios de Derecho Judicial*, (32), 22.
- Keane, A. (2008). *The modern law of Evidence*. Seventh Edition. Oxford University Press.
- Laudan, L. (2008). *Truth, error and criminal law*. New York: Cambridge University Press.
- McCormick. *On Evidence*.
- Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372, 373-4.
- Montón Redondo, A. (1978). Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios. En *Revista de Derecho Procesal*, 2-3.
- Murphy, P. (2009). *Murphy on evidence*. 11th edition. Oxford.

- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Ed. Marcial Pons.
- Paúl, A. *Sana crítica: the system for weighing evidence utilized by the Inter-American Court of Human Rights*. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1804066>
- Pérez Gil, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Redmanyne, M. (1999). Standards of proof in civil litigation. *Modern Law Review*, 62(2).
- Roberts, P. & Zuckerman, A. (2010). *Criminal evidence*. Second edition. Oxford University Press.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez* (traduc. De la Oliva, A.). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre las máximas de experiencia. En *Páginas sobre justicia civil* (p. 441). Editorial Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre prueba y motivación. En *Consideraciones sobre la prueba judicial*. (p. 29). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico, Europeo.
- Taruffo, M. (2009). El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica. En *Páginas sobre Justicia Civil*. Ed. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. En *Páginas sobre Justicia Civil*. Ed. Marcial Pons.
- Taruffo, M. Conocimiento científico y estándares de prueba. En *Prueba y estándares de prueba en el derecho* (p. 83).
- Taruffo, M. (2010). *Simply la verdad*. Ed. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2013). La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. En *Estándares de prueba y prueba científica*. Editorial Marcial Pons.
- Walters v. R. [1949], 2 AC 26, 30 [PC Jamaica].
- Whitman, J. (2008). *The origins of reasonable doubt*. Yale University Press.
- Wigmore (1981). *Evidence in trials at commonlaw*, 8, 424-431.

CAPÍTULO IV

Bases Conceptuales de la Prueba Científica: Un Problema Contemporáneo del Derecho Probatorio*

*LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO***

* Este escrito hace parte del proyecto de investigación denominado: Valoración y Argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso, financiado por la Universidad de Medellín y del cual la autora es la investigadora.

** Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal garantista de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín-Colombia, Líder del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Integrante de la Red Interuniversitaria para el Estudio del Derecho Procesal y de la Justicia; y del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal extensión Universidad de Medellín. ldpabon@udem.edu.co

INTRODUCCIÓN

Con esta temática se pretende hacer un acercamiento a la prueba científica que es utilizada en un proceso para adoptar una decisión jurisdiccional, en tanto si bien la prueba científica conserva cierto grado de certeza, se debe tener claridad que ella por sí sola no constituye la sentencia, sino que debe ser utilizada por el juez como otro medio de prueba más.

Ello, por cuanto los nuevos sistemas procesales* ahora tienen otra tendencia, la implementación de la ciencia y de la tecnología en el proceso, lo que implica un replanteamiento del juez a la hora de adelantar un proceso, pues ya no debe basarse únicamente en lo aducido por las partes, sino también en lo que él como director del proceso, como juez activo logre dentro de él para hallar la verdad.

Dentro de estas estrategias se encuentra la prueba científica utilizada en ciertos procesos, la cual si bien ha sido definida por múltiples genetistas, son pocos los acercamientos a nivel procesal que se le han efectuado. De allí que sea necesario un acercamiento conceptual a esta temática, por cuanto hoy por el avance de los conocimientos científicos y tecnológicos se hace más ostensible la brecha con el conocimiento común (Oteiza, 2009), lo que hace que el juez deba acudir a los denominados peritos, quienes a través del peritazgo como medio de prueba introducen al proceso un dictamen pericial, que se constituye en prueba científica de vital importancia para el funcionario a la hora de adoptar una decisión.

En ese orden de ideas, este capítulo abordará la prueba en el Derecho Procesal de forma genérica, su función o finalidad y los elementos que integran el derecho a la prueba, para luego centrarse en la prueba científica efectuando un acercamiento al concepto de ciencia, de conocimiento cien-

* En Colombia, la implementación de la oralidad en la mayoría de las ramas del Derecho.

tífico y de prueba científica, y avanzar hacia los requisitos que esta debe contener; su diferencia con la seudociencia y con la prueba pericial, para finalizar con la relevancia de este tipo de prueba en el proceso.

1. LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

La prueba, en nuestro contexto jurídico se ha estudiado como una teoría independiente de las categorías procesales y en instituciones como la argumentación jurídica y la pretensión jurídica no se hace mención a ella, a pesar de ser el sustento principal de la decisión, en tanto, es esta la que le da seriedad a la decisión y es la que requiere de un desarrollo prioritario en el proceso.

Lo anterior, atendiendo a que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, se aduce: “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” (Art. 174 del Código Procesal Civil colombiano. Art. 164 del Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012). Y en materia penal, se indica: “Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código” (Art. 377 del CPP-Ley 906 de 2004).

Normas que indican que el funcionario jurisdiccional debe dictar sus providencias con base en pruebas útiles, eficaces, conducentes, pertinentes, que hayan sido producidas en el proceso basados en los principios procesales y respetando cada una de las garantías de los sujetos procesales al interior del proceso, pruebas que además deben ser correctamente valoradas y de vital importancia, argumentada dicha valoración.

De ahí, que la prueba no es un mero instrumento retórico sino epistémicos (Taruffo, 2005); es el medio por el cual se adquiere en el proceso la información necesaria para determinar la verdad de los hechos afirmados.

La prueba aporta al juez elementos de conocimiento para a través de ella confirmar los hechos.

1.1. Acercamiento al concepto de prueba

La prueba “identifica los trámites o actividades que se tiendan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión” (Gascón Abellán, 2006, pp.41, 42).

“Con el término “prueba” se identifica sintéticamente el conjunto de elementos, de los procedimientos y de los razonamientos mediante los cuales se elabora, verifica y conforma como “verdadera” aquella reconstrucción” (Ferrer, 2005, p.26).

“La prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento” (Gascón Abellán, 2006, p.43).

En el proceso son las partes las que tienen derecho a la prueba como una manifestación de la garantía del debido proceso, de contradicción y de defensa en juicio. Se tiene entonces derecho a la prueba, y ello implica que las partes se sirvan de la mayor cantidad de estas para demostrar la verdad de los hechos que afirman.

Conforme a lo expuesto, el objeto de la prueba son los hechos; por medio de ella se busca que estos se confirmen al interior del proceso, los cuales cuando ingresan al proceso se pueden considerar como brutos, en tanto no han sido aún probados, pero una vez han sido presentados los medios de prueba, ya decretados y practicados, los hechos pasan a ser hechos probados.

Sentis Melendo afirma que por mucho tiempo existió la confusión idiomática sobre la definición de prueba como averiguación o como verificación. Sin embargo lo soluciona explicando que la prueba como medio es verificación, y que lo que se averigua son las fuentes que sustentan el hecho. Igualmente clarifica que no son los hechos los que se prueban, sino las afirmaciones que hacen las partes de los hechos. Así lo expresa:

La parte –siempre la parte, no el juez– formula afirmaciones, no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad –real o ficticia– sobre lo que sabe, no viene a pedirle al Juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado, para que el juez constate, compruebe, verifique (esta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad (Sentis Melendo, 1979, p.12).

En el mismo sentido afirma Carnelutti (1979) que la fuente de la prueba es el hecho representativo. Si esto es así la facultad oficiosa de probar debería estar restringida a su mínima expresión para cumplir una coherente función valorativa, porque quienes representan estos hechos en el proceso a través de la pretensión y de la excepción de mérito son exclusivamente las partes, ellas son las únicas que conocen sus averiguaciones, su verdad y por tanto pueden sustentarlas.

Por ello prueba en un proceso quien afirma un hecho, pues es a ella a quien corresponde la carga de la prueba. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...” (Art. 177 del CPC y Art. 167 Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012).

Sin embargo, atendiendo al papel activo del juez al interior del proceso, establecido hoy en día como poderes del juez, es importante llegar en el

proceso a la verdad, de allí que este adquiera en la parte probatoria una dirección del mismo para cumplir tal objetivo.

Según Denti (1972), la prueba tiene tres significados:

1. Designa los medios de que se sirve para la demostración en un proceso del tema de la prueba.
2. Designa el procedimiento probatorio, esto es, actividades para que el juez y las partes aporten al proceso los medios de prueba.
3. Es el resultado del procedimiento probatorio, el convencimiento al que el juzgador llega con los medios de prueba.

Por su parte para Jordi Ferrer (2005), la prueba se puede utilizar en tres sentidos:

1. Como medio, a través del cual se aportan elementos de juicio a favor de una determinada conclusión. Y solo será relevante un medio de prueba cuando contribuye a confirmar o falsear la ocurrencia de un hecho alegado en un proceso.
2. Como una actividad, a través de la cual se aportan elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o aquella etapa del proceso en el que se realiza esa actividad, y
3. Se refiere al resultado producido con la aportación de esos elementos de juicio con relación a la confirmación o falsación de una hipótesis con relación a unos hechos.

No obstante, otros consideran que la prueba es aquella que genera un convencimiento o grado de convicción en el juez (Ferrer Beltrán, 2005). Pero para Jordi Ferrer en ningún momento debe equipararse la prueba como elemento a través del cual se llega a la confirmación de los hechos o a una concepción psicológica del juez.

Lo cierto es que, con las pruebas se buscan reconstruir los hechos del pro-

ceso, pues sobre estos, es que se edifica la sentencia, para poder llegar a la verdad real sobre los hechos (Taruffo, 2002, p.115)*, en tanto es ese el objeto del proceso. La prueba debe entenderse por lo tanto, como “la razón que demuestra una cosa” (Ramírez Carvajal, 2012, p.50), es la conexión hecho y prueba, a diferencia del medio de prueba que es el instrumento que suministra esas razones.

1.2. Función –tradición o finalidad de la prueba

La relación entre proceso y verdad ha sido un tema de controversia, pues mientras para algunos la prueba sirve para llegar a la verdad en el proceso, para otros simplemente es un instrumento para persuadir o convencer al juez.

En ese sentido, se puede hablar de dos funciones de la prueba según Taruffo (2005, pp.108-109):

- a. **La prueba como teoría retórica o persuasiva**, en donde lo que propone es persuadir al juez de lo que se afirma. Esto es, no busca hallar la verdad, sino generar un estado mental en el juez, basado en la emotividad. Esta tradición consta de cuatro elementos: se basa en la íntima convicción, en un principio de inmediatez fuerte, en la motivación débil o inexistente frente a lo que se decide, en un bajo control o revisión del juicio sobre los hechos y sobre el razonamiento probatorio.
- b. **La prueba como teoría heurística**, para otros denominada **teoría cognoscitiva** (Gascón Abellán, 2006) o **racionalista**, en donde el juez como director del proceso actúa como un científico. Las pruebas ayudan a establecer si lo afirmado en el proceso está suficientemente soportado en las pruebas aducidas en el proceso. Busca acreditar la verdad o

* Al respecto dice este autor, que “una decisión solo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso. Por tanto, el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que construya el fundamento de la decisión”.

certeza de los hechos controvertidos, puesto que se basa en la contrastación de hipótesis, en un principio de intermediación débil, en una motivación fuerte con relación a las decisiones y en un control o revisión del juicio sobre los hechos y sobre el razonamiento probatorio.

La función de la prueba por lo tanto, según Taruffo (2010), es racional, orientada a formular juicios de verdad fundados en una justificación racional.

En esa misma línea, Jordi Ferrer (2005) considera que la prueba tiene como fin la averiguación de la verdad sobre la ocurrencia de determinados hechos. Para las partes puede ser lograr la convicción del juez. Según él, la prueba debe ser “considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial” (Ferrer Beltrán, 2005, p.31). La finalidad de la prueba es “la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido” (Ferrer Beltrán, 2006, p.19). De allí que la prueba sea libertad, por cuanto para llegar a cumplir su finalidad no puede ser rígida.

Otros como lo afirma Diana Ramírez, por el contrario, le “asignan un exacto significado científico de aseveración incontestable, otros hablan de acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad y convicción” (2010, p.84). Y con base en ello, concluye indicando que el fin de la prueba es “la producción de conocimiento a partir del mayor número de elementos probatorios, los cuales harán parte de la estructura racional en la decisión judicial” (Ramírez Carvajal, 2012, p.57).

En ese sentido,

...la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del

caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición..., entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera (Ferrer Beltrán, 2006, p.34).

De ahí, que la legislación sobre la prueba en nuestros códigos se alinee a la consecución de la verdad como correspondencia, en la medida en que se le exige como requisito necesario, para poder tomar alguna decisión judicial (Arts. 174 C de PC y 372 C de PP); fallar conforme a la prueba aportada y allegada al proceso; pues lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez, que tiene la prohibición de basarse en su propia experiencia para dictar sentencia. Porque conforme a la información de que dispone, es que debe afirmar que ese hecho es probablemente verdadero, por lo tanto su finalidad es aproximarse a la verdad.

1.3. Elementos que integran el derecho a la prueba (Ferrer Beltrán, 2003)

Estos elementos son los siguientes:

- a. El derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión. Elemento que se materializa a través de los **medios de prueba**, entendidos estos como “fuentes de información que estarán encargadas de presentarnos los datos idóneos que permitan la verificación de nuestra hipótesis” (Avilés Mellado, 2004, p.5). “De forma natural el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba” (Ibáñez, 2004, p.6). O como lo expresa Taruffo (2008, p.15) “es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa”.

- b. El derecho a que las pruebas sean efectivamente practicadas en el proceso.
- c. El derecho que se tiene a una valoración racional de las pruebas practicadas. Con relación a este elemento, Jordi Ferrer aduce que por una devoción a la discrecionalidad en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia consideren a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en los dos elementos anteriores. Sin embargo, esa limitación es insatisfactoria. Ferrer recurre a Taruffo para decir que el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es “una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión” (Ferrer Beltrán, 2005, p.29).

Por eso precisamente considera Ramírez Carvajal (2010) que la actividad probatoria en el proceso judicial, pasa por los siguientes momentos e indica que deben ser respetados:

- a. La conformación de los elementos de juicio sobre los que se adoptará la decisión, aspecto que se cumple con la solicitud, el decreto y práctica de las pruebas, tendientes a apoyar las hipótesis de los hechos planteados por las partes.
En este momento, es necesario tomar en cuenta el juicio de admisibilidad de la prueba y el juicio de relevancia de esta, en tanto la prueba además ejecutar con los requisitos formales para ser presentada y practicada, debe cumplir con el principio de necesidad, esto es, que pruebe realmente un hecho afirmado por las partes, también cumplir con el principio de legalidad, de oportunidad procesal y de constitucionalidad de la misma.
- b. La valoración de los elementos de juicio, momento basado en la racionalidad, para con base en ella, llegar a la confirmación de los hechos y obtener un grado de corroboración mayor.

- c. La adopción de la decisión, momento en el cual con la confirmación de los hechos se adopta la decisión, mas no es que se llegue a una certeza absoluta.

De lo expuesto, se nota claramente que los medios de prueba dentro del proceso hacen parte de una actividad que debe ser debida y desarrollarse incluso conforme a los tratados internacionales, a la Constitución Política y a la ley que la regula, en lo que tiene que ver con el decreto, producción, y valoración de los medios de prueba (Blandón, 2002). Es una actividad que comprende un conjunto de actividades técnico-científicas y legales adelantadas por personas autorizadas, que tienen por finalidad descubrir las fuentes de información, es decir, los elementos de prueba para ser aportados a un proceso y finalmente ser valorados como medios de prueba, los cuales pueden llevar o no al convencimiento o verdad de un hecho por un juez.

De donde se deduce

que la sentencia sea dictada por un juez objetivo, en forma completa (referida a todos los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable), legítima (basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales), lógica (adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común), motivada (**debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso**) y congruente (debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes) (Negrilla fuera del texto) (Quintero, 2008, pp.72, 90-105).

2. LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL DERECHO PROCESAL

2.1. Aproximación al concepto de ciencia y conocimiento científico

Al respecto, es importante señalar como lo afirmó Morello: “La ciencia

es solo un ideal. La de hoy corrige la de ayer y la de mañana la de hoy. No es un hecho que se cumple en el tiempo, como Kant y toda su época pensaban; la ciencia plenaria o la verdadera justicia solo se consiguen en el proceso infinito de la historia infinita” (Oteiza, 2009, p.45).

La ciencia, deriva de scientia, scire, que significa saber (Carbone, 2009, p.356). La ciencia “constituye un sistema, históricamente formado, de conocimientos ordenados cuya veracidad se comprueba y se puntualiza constantemente en el curso de la práctica social. La fuerza del conocimiento científico radica en el carácter general, universal, necesario y objetivo de su veracidad” (Pabón Giraldo, 2004).

La ciencia según Enrique Falcón (Oteiza, 2009, p.82), es “una metódica y sistemática elaboración de los datos experimentales y de inferencia sobre los mismos”, además de las conclusiones y leyes generales que elaboran los científicos.

Para Carbone, la ciencia es “el saber que resulta del estudio y de la práctica; concierne a la observación y clasificación de los hechos, estableciendo y formulando conclusiones estrictamente cuantitativas de leyes generales, verificables principalmente por inducción e hipótesis, como las ciencias biológicas, materiales, etcétera” (2009, p.357).

Por su parte, Popper considera que

Mediante la ciencia buscamos la verdad. Esta no se predica de los hechos, sino de las teorías. Y una teoría, tanto para Tarski como para Popper, es verdadera cuando se corresponde con los hechos. Ahora bien, esta es una definición de verdad, pero no tenemos un criterio de verdad: aunque hallásemos una teoría verdadera, nunca podríamos llegar a saberlo, porque las consecuencias de una teoría son infinitas y no podemos controlarlas todas (Reale, 2010, pp.896-897).

En ese sentido y siguiendo a Popper, la ciencia está sujeta al falsacionismo, y así lo indica cuando afirma: “Las hipótesis científicas son solo conjeturas válidas en tanto no contradichas, pero siempre abiertas a esta posibilidad (falsación)” (Del Carril, 2007, p.104). Igualmente Tomas Kuhn (1985) indica que la ciencia esconde supuestos erróneos y cada día el conocimiento científico va cambiando. Larry Laudan (Reale, 2010), por el contrario, afirma que la ciencia se propone la solución de problemas.

Puede afirmarse así, que la ciencia para unos es aquel conocimiento que incluye una garantía de validez absoluta y genera un grado máximo de certeza (Cuello Iriarte, 2008); otros consideran que es un conjunto de actividades que no se circunscribe a buscar la verdad. De donde se deduce que frente al concepto de ciencia existen múltiples definiciones, pero sea cual fuere el adoptado, deben tomarse en cuenta principalmente dos elementos que no están ajenos en ella: 1. La existencia de métodos, o sea un camino para llegar a... y 2. Que el método sea replicable, repetible y reproducible (Manrique Hernández, 2011).

Se concluye por tanto, que la *ciencia* debe estar basada en la objetividad: buscar principalmente describir un objeto tal cual es, con base en la realidad, eliminando toda opinión y excluyendo toda subjetividad, prejuicio o impresión. Para lograr tal objetivo, debe seguir un método, el cual debe ser racional y falible, esto es, que la misma ciencia permita su corregibilidad.

De otro lado, se entiende por conocimiento científico aquel en el que se da mayor exactitud, plenitud y conocimiento de mayor rigor, que implica la utilización de un método (Cuello Iriarte, 2008). El conocimiento científico es “aquel que por su objeto aspira obtener, en lo posible, conocimiento completo sobre la realidad, y, por el valor de sus conocimientos, a una certeza tan general como sea posible... es comprensivo, universal, objetivo...” (Cuello Iriarte, 2008, p.215). Según Mario Bunge, es “aquel que

reúne las cualidades de racional, sistemático, exacto, verificable y fiable” (Abdel Chamía, 2010, p.55).

De lo expuesto se puede afirmar que para que algo sea científico, las investigaciones y conclusiones a las que se arribe mediante su estudio deben ser verificables empíricamente y existir la posibilidad de repetición de los experimentos; en la medida en que el conocimiento científico se caracteriza por ser cierto, pues busca dar certeza de los hechos; es, igualmente, general, metódico, sistemático, objetivo y crítico, y, además, debe ser comprobado y verificado (Cuello Iriarte, 2008); verificable, general, refutable, racional, claro, preciso, basado en la objetividad y, por tanto, excluyente de la subjetividad, pues debe basarse en la precisión.

2.2. Acercamiento al concepto de prueba científica

Al respecto, y con relación a la prueba, es importante enfatizar que en el proceso esta es la columna vertebral de la decisión, ya que conforme a lo probado, será lo decidido por el juez*. Eso hace que en los ordenamientos jurídicos se regulen diversos medios de prueba o medios de conocimiento. Así, por ejemplo, en Colombia** en materia civil se regula en el artículo 175* del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 165** del Código General del Proceso; en materia penal se establece como medios de cono-

* Así lo expresa el artículo 174 del CPC. “Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”...

** Artículo 175 del CPC. Son medios de prueba: “... la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez...”.

◆ “Sirven como medios de prueba, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

◆◆ “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

♣ “Son medios de conocimiento, la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

♣♣ “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”.

cimiento en el artículo 382* y en materia laboral como medios de prueba en el artículo 51 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social y en materia de lo contencioso administrativo en el artículo 211** se indica que lo no regulado en ese Código se regirá por las normas del Código Procesal Civil, esto es, que se manejan los mismos medios de prueba.

Es así, como en todas las áreas reguladas en Colombia, civil, penal, laboral y administrativo, un medio de prueba lo constituye el dictamen pericial, aquel desarrollado por un perito como persona que posee un conocimiento específico y científico sobre un tema, lo que podría denominarse prueba científica, que en nuestro país procede "... para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos" (Art. 233 CPC). Y, además, este debe ser "claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones" (Art. 237 numeral 6 CPC).

Por lo común, la prueba científica se rinde por la prueba pericial. Sin embargo, es necesario aclarar que aunque por regla general desde el punto de vista jurídico y procesal la prueba científica coincide con la prueba pericial, no toda prueba pericial es necesariamente científica, pues no siempre cuando aquella es practicada implica el uso de un conocimiento científico. No obstante, la prueba científica posee diversas modalidades*, en tanto su calidad evoluciona conforme a los avances de la ciencia y conforme a ello, esta podrá ser denominada como prueba científica judicial, entendida como aquella que se conforma siguiendo las modalidades establecidas jurídicamente dentro del proceso; o prueba científica extrajudicial, en otros casos en donde la prueba puede ser reconducida al ámbito de las pruebas atípicas.

* En ese sentido, puede hablarse de pruebas biológicas, fotográficas, videograbaciones, consultas científicas, la pericia, la caligrafía, la arquitectura, la medicina, la ingeniería, la bioquímica, la grafología, la dactiloscopia, la balística, la documentoscopia, entre otras.

La prueba científica, es considerada la última etapa en la evolución del Derecho probatorio; podría decirse que incluso es la etapa actual, por cuanto se requiere la asistencia continua de laboratorios, expertos médicos, químicos, físicos, psicólogos, entre otros.

En ese orden de ideas, cabe decir que la prueba científica es aquella que utiliza un conocimiento científico y está basada en leyes universales, dado que emplea una metodología científica, en tanto a través de un conocimiento específico busca verificar o comprobar la veracidad de un juicio; por lo cual es entendida como aquella que posee conocimientos específicos, científicos, artísticos y técnicos (Ramírez, 2009)*.

De acuerdo con Joan Picó I Junoy, prueba científica es “aquella en la que, normalmente a través de la alta tecnología, el resultado obtenido es fruto de la aplicación de un método científico admitido por la generalidad de la comunidad científica” (Picó I Junoy, 2011); lo que indica que su análisis trasciende el conocimiento del hombre medio, de allí que requiera de una capacitación superior a la media para su entendimiento y valoración.

Carbone, por su parte, considera que las pruebas científicas son “*evidencias que “están de acuerdo con” determinado conocimiento deductivo conforme a procedimientos rigurosos o métodos precisos de las ciencias* (Carbone, 2009, p.359).

Para Xavier Abel Lluch (Lluch, 2012), prueba científica son supuestos que se utilizan para determinar los hechos basados en métodos o técnicas científicamente avanzados que por su grado de especialización no están al alcance del juez.

* Al respecto Diana María Ramírez Carvajal expresa con relación a la prueba científica, que “es un medio procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”.

Al respecto, muchos afirman que la prueba científica es perfecta; es incluso, a veces, única y determinante, porque es sistemática, valorada, razonada y argumentada; sin embargo, no tiene fiabilidad absoluta, es relativa y la confiabilidad de ella depende del mejor error. Las pruebas científicas por lo tanto, deben ser consideradas como una nueva forma en una ciencia, que ayuda al Derecho a descubrir la verdad, por cuanto como se indicó en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995 “el resultado de dichas pruebas otorga una certeza mayor que el resto de las pruebas” (Carbone, 2009, p.359). De allí que se indique que este tipo de pruebas requiere de ciertos requisitos para ser admitida en un proceso y tomada en cuenta por el funcionario jurisdiccional a la hora de decidir; entre tales requisitos cabe mencionar: 1. La idoneidad de los conocimientos, habilidades y destrezas y 2. La objetividad e imparcialidad de los expertos.

Por ello, Marina Gascón afirma:

Por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un área de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad (Gascón Abellán, 2010).

Y a renglón seguido afirma que esa convicción es peligrosa, ya que parte de la creencia que las decisiones apoyadas en este tipo de pruebas son incuestionables e irrefutables, situación que no es cierta, en tanto debe compararse con los demás medios de pruebas practicados.

Con la prueba, entonces, se busca reconstruir los hechos del proceso y poder llegar a la verdad sobre los mismos. Al respecto dice Taruffo, que

“una decisión solo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso. Por tanto, el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que construya el fundamento de la decisión” (2008, p.115), reforzando el convencimiento del juez a la hora de decidir, pues sobre los hechos es que se edifica la decisión.

En ese orden de ideas, la prueba puede verse como una teoría heurística o cognoscitiva, no como persuasiva o retórica, en donde lo que se busca es acreditar la verdad o certeza de los hechos controvertidos. Por ello, Jordi Ferrer ha afirmado que la prueba debe ser “considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial” (2005, p.31), en tanto la finalidad de la prueba es “la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido” (Ferrer Beltrán, 2006, p.19). La prueba se alinea en ese sentido a la consecución de una certeza objetiva, y para llegar a esa certeza necesariamente debe hacer uso de uno de los elementos que la integran (Ferrer Beltrán, 2005), que es el derecho que se tiene a una valoración racional de las pruebas practicadas, aspecto que obviamente debe ser aplicado igualmente a las pruebas científicas.

Se puede entonces concluir que la decisión de fondo que adopte cualquier funcionario jurisdiccional depende de la prueba; por ello resulta de vital importancia su estudio, en tanto la prueba es una estructura procesal que da seriedad a la pretensión en el proceso.

2.3. Requisitos de la prueba científica en el proceso (Carbone, 2009)

La prueba científica al interior del proceso debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Ser una prueba de colaboración, en donde los sujetos procesales en la mayoría de los casos actúen como sujeto pasivo de la misma y colaboren en su producción, pues en algunos momentos por ejemplo, se requiere extraer sangre de una de las partes.
- b. Ser una prueba que se complemente, es lo que se denomina necesidad de complementariedad, por cuanto requiere de otros elementos que coadyuven a la prueba, a fin de darle certeza a la misma.
- c. Estar sujeta a la contradicción en la oralidad, de tal forma que se permita su refutación por parte de los sujetos procesales y su verificación por parte de los científicos que la aportan o practican.
- d. Debe rendirse por medio de un dictamen pericial o por informes.
- e. Se trabaja por medio de la probabilidad.
- f. Perforan las barreras de la cosa juzgada, al permitir en ocasiones que sobre el asunto ya debatido se vuelva, argumentando la posibilidad de que con un método científico se pueda acreditar una situación distinta de la planteada en la decisión inicial.
- g. Recorta el nivel de decisión judicial, para apartarse del dictamen científico. Aspecto precisamente que es el que se ataca por medio de este escrito, por cuanto si bien, la prueba científica puede ser considerada como una evidencia que genera un alto grado de probabilidad, no es la verdad absoluta y deberá el juez en cada caso específico argumentar por qué basa la decisión en ella o por qué no. De allí que no se comparta este elemento de la prueba científica planteado por diversos doctrinantes, ya que en caso de aceptación, es permitirle como una prueba legal, que desnaturalizaría la garantía del debido proceso probatorio.

2.4. Diferencia entre prueba científica y pseudociencia

Como el problema actual de la prueba científica tiene que ver con la verdad absoluta que lleva al proceso y sobre las dudas que genera sobre si es realmente científica o no, es necesario indicar que la prueba científica es

diferente de la pseudociencia. Esta última proviene del griego *Pseudo*, que significa falso; y ciencia, que significa conocimiento. Por lo tanto la pseudociencia es un falso conocimiento, es aquello que se presenta incorrectamente como ciencia creyendo serlo, por cuanto no emplea un método científico que sea susceptible de verificación, de universalidad, y que sea reproducible; es lo no susceptible de ser demostrado o refutado.

La pseudociencia es una afirmación o creencia que se presenta como científica, pero que no se basa en un método científico válido ni está apoyado en evidencias científicas que le permitan verificar de forma fiable el procedimiento llevado a cabo para llegar al resultado.

Al respecto, Larry Laudan ha manifestado que el concepto pseudociencia no tiene significado científico y se usa mayoritariamente para describir una apreciación subjetiva.

Por su parte Mario Bunge, ha afirmado que:

La pseudociencia no puede progresar porque se las arregla para interpretar cada fracaso como una confirmación, y cada crítica como si fuera un ataque... como la magia y como la tecnología, la pseudociencia tiene un objetivo primariamente práctico, no cognitivo, pero, a diferencia de la magia, se presenta ella misma como ciencia y, a diferencia de la tecnología, no goza del fundamento que da a esta la ciencia (Silva Aycaguer, 1997).

Diferenciando así claramente ciencia de lo que no es ciencia, cuando afirma que la ciencia lo que busca es emplear un modelo científico, capaz de ser probado, contrastado y con pretensión de verdad, la que es capaz de descubrir sus propias deficiencias y corregir las mismas. Por el contrario, la pseudociencia, que denomina especulaciones no científicas, considera

que no es transparente, no ofrece hipótesis que puedan ser contrastadas, objetivas y universalmente válidas; y menciona como pseudociencias a la astrología, la parasicología, entre otras.

Así, surge el problema para determinar cuál prueba basada en la ciencia es la que debe ser admitida y usada al interior del proceso judicial a efectos de determinar con ella los hechos en el proceso. Frente el tema Taruffo ha indicado que es necesario diferenciar la buena ciencia de la mala ciencia o pseudociencia, porque afirma que dentro de la ciencia, se habla de ciencias duras como la genética, la bioquímica, la epidemiología, la toxicología, entre otras; pero también de ciencias blandas, como la psicología, la sociología, la psiquiatría, la economía, entre otras; en las cuales es importante verificar, según el autor, la calidad y fiabilidad de los informes científicos que presentan; porque dentro de muchas de ellas hay mala ciencia, ciencia basura, pseudociencia o ciencias no científicas, en donde se presentan errores, malentendidos, utilización de datos falsos, poco fiables que pretenden ser científicamente correctos, pero que realmente no lo son; además de no utilizar un método o técnica científica, que carece de validez y por lo tanto no son pruebas fiables. A manera de ejemplo menciona la grafología, el análisis de huellas dactilares y el uso de máquinas de la verdad, que son ciencias forenses que no pueden ser consideradas como ciencia de acuerdo con los estándares generalmente aceptados (Taruffo, 2008, pp.97-98).

Conforme a lo anterior, es claro que a la prueba científica que se alude en este escrito es a la buena ciencia, a aquella que hace uso de métodos realmente científicos, que es fiable, verificable, replicable y que es aceptada como tal dentro de los estándares internacionales, máxime cuando uno de los criterios para que esta prueba científica sea ingresada al proceso es la aceptabilidad de la comunidad científica frente a la misma.

2.5. De la prueba científica y de la prueba pericial, acercamientos y separaciones

La prueba científica es una clase de prueba que emplea un conocimiento especializado para llevarle al juez la apreciación frente a los hechos; cuya forma de presentación en el proceso judicial se da a través de la prueba pericial. Sin embargo, no toda prueba pericial es prueba científica, en tanto no siempre aquella implica el recurso de conocimientos científicos, al contrario de la última que utiliza un método y unos procedimientos científicos; lo que no acontece siempre con todas las pruebas periciales, pues en ocasiones sirven solo para llevar al proceso evidencias y vestigios, que no requieren de un método científico determinado. En términos genéricos, se podría indicar que la prueba científica siempre será una prueba pericial, en tanto es allegada por un experto al proceso, pero no toda prueba pericial es científica, porque no siempre aquella hará uso de una metodología científica aceptada por la comunidad científica.

En Colombia la prueba pericial y la prueba científica han sido tratadas de forma similar, a pesar que, como ya se ha expresado en este escrito no siempre suelen coincidir. Es así, como a la prueba científica se le aplican las mismas reglas previstas para la prueba pericial en lo relacionado con la persona que emite el dictamen, la clase de informe que debe presentarse, la admisión de la prueba, los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de rendir el dictamen y de contradecirse. Ello en aras de lograr que al proceso la prueba ingrese con la mínima cantidad de errores y puede de esa forma apoyar la decisión del juez aunque no de forma absoluta, sino como parámetro que lo guía en la forma de administrar justicia frente a un caso determinado.

2.5.1. De la prueba pericial

Cuando se presenta una prueba por un experto en un conocimiento específico, se denomina a esta persona como perito, es decir, es un experto que

sirve de apoyo al juez para esclarecer los hechos. Son “aquellas personas especialmente cualificadas en razón de sus conocimientos especializados en la ciencia, arte, técnica o práctica, es decir, aquellas personas con especiales conocimientos en materias que no son conocidas, con tanta precisión, por las demás personas en su mismo nivel cultural” (Lluch, 2006, p.373).

Estas personas como sujetos procesales, rinden dentro del proceso sea a petición de parte o de forma oficiosa, esto es, a solicitud del juez, dependiendo del sistema procesal adoptado en un Estado determinado, su pericia, a través de LA PRUEBA PERICIAL, cuya finalidad es auxiliar al juez procurándole los conocimientos científicos, técnicos y prácticos para resolver un conflicto.

El peritaje busca asesorar al funcionario jurisdiccional para la toma de sus decisiones, y se presenta por medio de EL DICTAMEN PERICIAL, el cual puede ser definido como: “la opinión objetiva e imparcial de un técnico o especialista, con unos específicos conocimientos científicos, artísticos o prácticos acerca de la existencia de un hecho o de la naturaleza del mismo” (Lluch, 2006, p.64). Es un informe escrito en donde se plasma la actividad del perito.

Es decir, que la prueba pericial es un medio de prueba o de conocimiento, en donde una persona ajena al proceso le aporta al juez conocimientos especializados en aras de que valore mejor los hechos del litigio, circunstancia aplicable en igual medida a la prueba científica.

2.5.2. Naturaleza de la pericia y de la prueba científica (Parra Quijano, 2006)

La pericia es una prueba personal, que posee una declaración de carácter técnico, científico o artístico, y es una prueba histórica, técnica y compleja.

Dentro de su naturaleza jurídica se han presentado dos teorías:

- a. Un sector de la doctrina como Guasp, Montero Aroca, De la Oliva, lo tratan como verdadero medio de prueba, por cuanto busca lograr la convicción del juez frente a un hecho y aportarle otros nuevos.
- b. Otro sector de la doctrina, como Carnelutti, le dan la naturaleza jurídica de un auxiliar de la justicia, por cuanto no introduce hechos nuevos, sino que auxilia al juez frente a un conocimiento específico con que este no cuenta.

En este escrito, se adopta la segunda posición, pues el perito es una persona que ayuda al juez en su función de administrar justicia, pero no le lleva la verdad absoluta frente a un hecho, solo lo acerca a la verdad que mejor se corresponda con un hecho que requiere de un conocimiento científico. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, indicó:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso...

Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado "... llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión". Por otro lado, el dictamen también opera como "concepto de pericia de constatación de hechos", o lo que es lo mismo "... constataciones objetivas, que pueden ser independientes de la persona del inculpado".

Igualmente mediante Sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se establece la naturaleza dual del dictamen pericial, así:

De un lado, es comprendido como “...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos”. De otro, la experticia también es comprendida como “...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso”.

2.5.3. Contenido del dictamen pericial contentivo de la prueba científica

Se ha indicado por diversos autores (Lluch, 2006) que independientemente del formulario que utilicen los peritos, el dictamen debe contener:

- a. Datos de identificación precisa del perito.
- b. Juramento de decir la verdad, y de hacer el dictamen con la mayor objetividad posible.
- c. Objeto de la pericia.
- d. Valoración de los hechos conforme a su conocimiento científico, técnico o específico.
- e. Conclusiones, establecidas de forma clara, sucinta y precisa. Otros simplemente hacen alusión al razonamiento empleado para llegar a estas conclusiones.

En Colombia, en materia civil, de acuerdo al artículo 226 del Código Ge-

neral del Proceso-Ley 1564 de 2012, aplicable igualmente en materia laboral, el dictamen debe contener como mínimo los siguientes requisitos:

- a. El perito debe manifestar bajo la gravedad de juramento la presentación de su dictamen.
- b. Indicar que es independiente y corresponde a su real convicción profesional.
- c. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.
- d. Además, debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado.
- e. Explicará en él los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.
- f. Debe contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:
 - La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
 - La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
 - La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.
 - La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.
 - La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los

apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

- Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.
- Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.
- Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
- Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que lo sean, deberá explicar la justificación de la variación.
- Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

En materia penal, acorde a lo expuesto en el artículo 210 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, se indica que el informe del investigador de laboratorio debe contener:

- a. La descripción clara y precisa del elemento material probatorio y evidencia física examinados.
- b. La descripción clara y precisa de los procedimientos técnicos empleados en la realización del examen y, además, informe sobre el grado de aceptación de dichos procedimientos por la comunidad técnico-científica.
- c. Relación de los instrumentos empleados e información sobre su estado de mantenimiento al momento del examen.

- d. Explicación del principio o principios técnicos y científicos aplicados e informe sobre el grado de aceptación por la comunidad científica.
- e. Descripción clara y precisa de los procedimientos de su actividad técnico-científica.
- f. Interpretación de esos resultados.

Igualmente, el artículo 415 de la misma normativa, indica que “Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba”.

En materia de lo contencioso administrativo, conforme a lo expresado en el artículo 219 de la Ley 1437 de 2011, el experto deberá manifestar en el dictamen bajo la gravedad de juramento que:

- a. No se encuentra incurso en algunas causales de impedimento para actuar como perito en el respectivo proceso.
- b. Acepta el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliar de la justicia.
- c. Tiene los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación.
- d. Ha actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad.

Así mismo, señalará los documentos con base en los cuales rinde su dictamen y si no se encuentran en el expediente, de ser posible, los allegará como anexo de este.

En ese sentido, independientemente del área del Derecho de la cual se trate, el dictamen pericial debe contener unos requisitos mínimos de tal forma que se demuestre su realización por un experto en la materia, que siguió un método establecido y que es idóneo, objetivo e imparcial.

2.5.4. *Proposición de la prueba pericial y de la prueba científica*

La prueba pericial y la prueba científica pueden ser propuestas por las partes o decretada de oficio por el juez. Al respecto, el Código de Procedimiento Civil colombiano en el artículo 233 establece que solo se puede erigir un dictamen pericial sobre un mismo punto, salvo que existan objeciones, caso en el cual sí puede decretarse otro. No obstante, si el juez considera que el dictamen es insuficiente, ordenará la práctica de uno de oficio con otro perito.

Dictamen a instancia de parte

Es aquel que es aportado por la parte para probar los hechos afirmados o que es solicitado por esta dentro del proceso. Conforme lo establece el artículo 236 del CPC, la parte que solicita un dictamen deberá determinar concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar el dictamen.

En materia civil, en el artículo 217 del Código General del Proceso se indica que

La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.

En materia penal, se indica en el artículo 413 de la Ley 906 de 2004, que “las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito”.

En materia de lo contencioso administrativo, el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, expresa que las partes pueden aportar con la contestación de la demanda dictámenes periciales que consideren necesarios para oponerse a las pretensiones de la demanda. El artículo 212 establece las oportunidades probatorias, indicando que se pueden aportar pruebas con la demanda, con la contestación, con la reforma a la demanda, la demanda de reconvencción, contestación de la reconvencción, excepciones y oposición a las mismas, incidentes y su respuesta. Además expresa que “Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas”.

Dictamen a instancia del juez

Así mismo y atendiendo a las nuevas tendencias del proceso, esto es la publicización o socialización del proceso, en donde el juez respeta las garantías de las partes, pero en aras de encontrar la verdad dentro del proceso, se convierte en gerente del mismo en co-responsabilidad con las partes; se le ha permitido que decrete pruebas de oficio al interior del proceso. Y con relación a la prueba pericial se indica en Colombia lo siguiente:

En materia civil, en el artículo 229 del Código General del Proceso se plantean algunas disposiciones del juez con relación a la prueba pericial, así:

El juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer lo siguiente:

1. Adoptar las medidas para facilitar la actividad del perito designado por la parte que lo solicite y ordenar a la otra parte prestar la colaboración para la práctica del dictamen, previniéndola sobre las consecuencias de su renuencia.
2. Cuando el juez decrete la prueba de oficio o a petición de amparado por pobre, para designar el perito deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

A renglón seguido, el artículo 230 se refiere al dictamen decretado de oficio, indicando que:

Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable...

Por su parte, en materia penal, el artículo 406 de la Ley 906 de 2004 establece quién presta el servicio de peritos, al expresar:

El servicio de peritos se prestará por los expertos de la Policía Judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate.

Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso. El informe será firmado por quienes hubieren intervenido en la parte que les corresponda...

En materia de lo contencioso administrativo se indica en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011 que el juez puede en cualquier instancia decretar pruebas de oficio que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. En el artículo 218 se afirma que “El juez excepcionalmente podrá prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo amerite o ante la ausencia en las mismas de un perito o por la falta de aceptación de este”.

De allí, que la prueba científica por tratarse de una prueba que requiere de

conocimientos especializados, técnicos y científicos pueda ser propuesta en el proceso por cualquiera de los sujetos procesales, cuya finalidad sea alcanzar la verdad dentro del proceso. Iniciativa que por tanto tendrá el juez, las partes, un tercero interviniente o cualquier otro sujeto procesal que tenga la posibilidad de proponer la misma, sin perder de vista el objeto del proceso.

2.5.5. Admisión del dictamen pericial (Lluch Xavier, 2009)

Para que un dictamen sea admitido dentro de un proceso, debe realizarse sobre el mismo un juicio de pertinencia, en donde se determine que es técnico y/o científico, que guarda relación con los hechos controvertidos y que los extremos del dictamen no hayan sido admitidos por las partes.

En Colombia, en materia civil, se indica en el artículo 226 del Código General del Proceso, que no serán admisibles dictámenes que “versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera”. Indicación que igualmente se sigue para el ámbito de lo contencioso administrativo (Art. 218 de la Ley 1437 de 2011. Código de lo Contencioso Administrativo).

En materia penal, el artículo 414 de la Ley 906 de 2004, afirma que una vez admitido el informe pericial, ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben para que concurran a la audiencia a fin de ser interrogados. Y con relación a la admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel, el artículo 422 expresa:

Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Y finalmente el artículo 423 de la misma normativa, indica que “Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto”.

Por lo tanto, independientemente de la regulación que se establezca en cada área del Derecho, el dictamen en una prueba científica será admisible siempre que cumpla con los criterios científicos que como tal exige dicha prueba, además de ser pertinente, útil, relevante y conducente para esclarecer hechos al interior del proceso.

2.5.6. Requisitos de la prueba científica y del dictamen pericial que la contiene

La prueba científica en la mayoría de los casos se presenta en el proceso de forma escrita como ya se ha indicado a través de un dictamen pericial; y se le exigen unos requisitos determinados con la finalidad de ser admitido, fiable y ser tomado en cuenta por el juez al momento de adoptar una decisión.

Sobre el particular, Víctor De Santo (2005) establece los siguientes requisitos frente al dictamen pericial:

Requisitos de existencia

- El dictamen debe ser un acto procesal.
- El dictamen debe ser el resultado de un encargo judicial, que el juez ordene él mismo.

- El dictamen debe ser personal e indelegable.
- El dictamen debe versar sobre hechos.
- El dictamen debe ser obra de un tercero, no de una de las partes.

Requisitos de validez

- La prueba debe haber sido decretada en forma legal.
- El perito debe ser capaz.
- El perito debe tomar posesión del cargo en debida forma.
- El perito debe presentar o rendir el dictamen en forma legal.
- El acto debe ser consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción.
- No debe existir norma legal que prohíba esta prueba.
- El perito debe realizar personalmente los estudios básicos del dictamen.
- El perito debe utilizar medios legítimos.

Requisitos de eficacia probatoria

- El dictamen debe ser un medio conducente respecto del hecho a probar.
- El hecho objeto del dictamen debe ser pertinente.
- El perito debe ser competente, experto en la materia.
- El perito debe ser imparcial, estar libre de intereses y no a favor de ninguna de las partes.
- El dictamen debe ser libre de objeciones por error grave.
- El dictamen debe estar debidamente fundado, en donde se dé fundamento de las conclusiones, de tal forma que sean verificables y científicas.
- Las conclusiones del dictamen deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.
- Las conclusiones del dictamen deben ser convincentes y no aparecer como improbables, absurdas o imposibles.

- El dictamen no debe ser desvirtuado por otras pruebas.
- El perito no debe haberse retractado.
- El dictamen debe ser rendido oportunamente.
- Debe haberse dado traslado del dictamen a las partes.
- El dictamen debe circunscribirse a los puntos planteados.
- No haber violado por el perito la reserva legal o el secreto profesional que ampare los documentos que sirven de fundamento a su dictamen.

2.6. Relevancia de la prueba científica

La relevancia se relaciona con la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba científica en el proceso, aspectos que son necesariamente evaluados a la hora de darle admisibilidad a la prueba científica. Es decir, cuando se solicita, se aporta o se decreta una prueba científica en el proceso, es necesario que se verifique al momento de introducirla, que no va en contra de las solemnidades previstas por la ley, que tiene un relación directa con el hecho materia de prueba y que va dirigida a probar realmente el hecho, es decir, para confirmar o refutar los hechos controvertidos de la causa.

En ese sentido, la prueba científica será relevante si aporta a un hecho o lo refuta. Este criterio se determina cuando la prueba ha sido ya practicada. Por su parte, será conducente, cuando tiene la idoneidad legal para demostrar el hecho. Es cuando se compara el medio probatorio con la ley y por eso algunos la ubican dentro de la tarifa legal. Será pertinente, cuando la prueba científica se relaciona con el tema de prueba, cuando aquella se adecúa a los hechos del proceso que son tema de prueba; y será útil, cuando a través de la prueba científica exista idoneidad para acreditar los hechos afirmados; cuando no sobra dentro del proceso, porque precisamente por medio de ella se suministra al juez un conocimiento con el cual no se contaba hasta el momento o corrobora una frente al cual existían dudas.

Al respecto, se ha afirmado:

En forma sintética, por el momento señalaremos que la relevancia de los medios probatorios se determina en atención a la utilidad de la información que contienen las fuentes de prueba y que, por su parte, la admisibilidad de aquellos se establece en consideración a la idoneidad jurídico-procesal de la misma información. Vale decir, lo primero que se necesita es el cumplimiento de una exigencia lógica y epistemológica (la relevancia), según la cual pueden ingresar a un juicio aquellos datos empíricos que presenten alguna utilidad para la prueba de los hechos, para luego de ello examinar el segundo requisito (la admisibilidad), que es una cuestión de índole legal referida a la definición que hace la ley del material probatorio que puede ser aportado a una causa con tal objetivo (Meneses Pacheco, 2008).

Igualmente en la regla 401 de la *Federal Rules of Evidence* norteamericana se define la prueba relevante (*relevant evidence*) como aquella que da lugar a una mayor probabilidad con relación a la existencia de un hecho.

Por su parte, Wróblewski, indica que:

es el Derecho el que divide las pruebas en admisibles e inadmisibles, y lo hace a partir de criterios de axiología jurídica, a virtud de los cuales resuelve el capítulo de la idoneidad de los elementos probatorios mediante una ponderación de valores relativos a la verdad procesal, los derechos de las personas, la seguridad jurídica y ciertos fines institucionales del ordenamiento positivo (Meneses Pacheco, 2008).

De donde se puede concluir que con relación a la prueba científica, deben tomarse en cuenta todos estos criterios en aras de establecer su relevancia dentro del proceso, esto es, que realmente aporte a la construcción de un conocimiento científico, técnico o artístico que no posee el funcionario jurisdiccional.

CONCLUSIONES

De lo expuesto, puede concluirse que:

- Los avances de la ciencia cada día son más asombrosos y su empleo dentro del proceso judicial es inevitable, razón por la cual, el proceso judicial debe desarrollarse conforme a estos postulados y a la realidad social.
- Hoy en día la implementación de la ciencia y de la tecnología en el proceso, implica un replanteamiento del juez a la hora de adelantar un proceso, en donde ya este no puede basarse únicamente en lo aducido por las partes, sino también en lo que él como director del proceso, logre dentro de él para hallar la verdad.
- Es así como en la actualidad con el uso de los conocimientos científicos al interior del proceso, se hace necesario que el juez deba acudir a los peritos, esto es, a expertos en una determinada materia y quien posee ese conocimiento específico para que le lleve el mismo al proceso y le facilite su entendimiento en un área en la que el juez solo tiene el conocimiento común.
- No obstante, a pesar de que se requieren expertos dentro del proceso que le lleven al juez un conocimiento que este no posee, debe ser claro que el perito no puede sustituir con su razonamiento y conclusiones el discernir del juez; ambos tienen en el proceso funciones totalmente diferentes; ya que si bien este tipo de prueba conserva dentro del proceso cierto grado de certeza, debe tenerse claridad que ella por sí sola no constituye la sentencia, sino que debe ser utilizada por el juez como otro medio de prueba más.
- Muchos afirman que la prueba científica es una prueba perfecta; es incluso, a veces, única y determinante, porque es sistemática, valorada, razonada y argumentada; sin embargo, la prueba científica no tiene fiabilidad absoluta, es relativa y su confiabilidad depende del menor error.
- En ese sentido, corresponderá al juez verificar si le da o no credibilidad

a la prueba científica, pero como difícilmente un juez sabe de todo, deberá tener una capacidad interpretativa de dicha prueba. No se le puede pedir al juzgador que tenga una ciencia superior a la del perito, pero sí un grado de control por medio de la aceptabilidad, conforme al conocimiento común de los métodos científicos y la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (Denti, 1972).

- Finalmente, el mantenimiento de un fuerte vínculo entre el hecho científico y la ciencia jurídica solo se logra cuando los científicos y los profesionales de la justicia cruzan las fronteras entre ambos (Merlino, 2011), para trabajar juntos hacia el logro de un objetivo común y así garantizar una mejor comunicación y una mayor comprensión de lo realizado.

REFERENCIAS

- Abdel Chamía, J. (2010). La importancia de la prueba científica en el proceso penal. *Revista científica semestral de criminalística INDICIOS*, 1, 55.
- Avilés Mellado, L. (2004). Hechos y su fundamentación en la sentencia. Una garantía constitucional. *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 5.
- Blandón, C. (2002). *El debido proceso probatorio penal*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Carnelutti, F. (1979). *La prueba civil*. Buenos Aires: De Palma.
- Cuello Iriarte, G. (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá: Legis.
- De Santo, V. (2005). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Del Carril, E. (2007). *El lenguaje de los jueces. Criterios para la limitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Denti, V. (1972). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. *Revista de derecho procesal iberoamericana*, 2-3.

- Dolz Lago, M. (2012). *La prueba pericial científica*. Colección de Ciencias Jurídicas y Forenses. Madrid: Universidad de Alcalá, edisofersi, Libros jurídicos.
- Española Madrid, M. (septiembre a diciembre de 2011). La obtención transfronteriza de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de sus búsquedas (del ADN) de familiares. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (40).
- Ferrer Beltrán, J. (julio de 2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia. Información y Debate*, (47), 27-34.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho. Filosofía de derecho*. Segunda edición. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Ferrer Beltrán, J. (2006). *Estudios sobre la prueba*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gamarra Serrano, S. (s.f.). *El razonamiento judicial y la verdad jurídica*. Recuperado el 8 de marzo de 2012, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/El_Razonamiento_Judicial_y_la_Verdad_Juridica.pdf
- Gascón Abellán, M. (septiembre de 2006). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. (G. d. procesal, Ed.). *Controversia procesal*, 41-42.
- Gascón Abellán, M. (13 de octubre de 2010). *Valor y validez de las pruebas científicas*. Recuperado el 13 de octubre de 2010, de www.uv.es/CEFD/15/gasconpdf
- Gorphe, F. (1985). *Apresiasión judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Guerrero Díaz, C. (2010). Filiación en Colombia: de la incertidumbre a la ciencia. Una recensión legal y jurisprudencial. *Revista Pensamiento Jurídico*, (29), 110.
- Guzmán, C. (1999). *El peritaje caligráfico*. Buenos Aires: La Rocca.

- Kuhn, T. (3 de marzo de 2013). *La estructura de las revoluciones científicas. Estudios de filosofía, historia y letras*. Obtenido de http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_11.html
- Lluch, X. A. (2006). *Aspectos prácticos de la prueba civil*. Barcelona: J.M. Bosh.
- Lluch, X. A. (2009). *La prueba pericial. Colección de Formación Continua*. Barcelona: Facultad de Derecho ESADE, serie de estudios prácticos sobre los medios de prueba. Bosh Editor.
- Lluch, X. A. (2012). Capítulo X: La valoración de la prueba científica. En *Derecho probatorio contemporáneo, prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Manrique Hernández, R. (2011). Foro procesal: Dinámicas probatorias. *El futuro de la prueba científica en el proceso judicial*. Medellín.
- Meneses Pacheco, C. (2008). *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Sources of evidence and evidence in civil procedure*. Recuperado el 30 de septiembre de 2013, de <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122008000200003>. Consultado en <http://www.scielo.cl/scielo.php>
- Merlino, M. L. (2011). Judicial Gatekeeping and the social construction of the admissibility of expert testimony. In *Behavioral Sciences and the Law Behav*. Obtenido de www.interscience.wiley.com
- Montero Aroca, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Thomson Civitas.
- Oteiza, E. (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Primera edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Pabón Giraldo, L. (2004). *El juez penal (pasado, presente y porvenir)*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Picó I Junoy, J. (2011). Foro procesal: Dinámicas probatorias. *El principio de oralidad y su aplicación en la prueba pericial*. Medellín.

- Quintero, B. (2008). *Teoría general del proceso*. Medellín: Temis.
- Ramírez Carvajal, D. (2010). *La prueba y la decisión judicial*. Primera edición. Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Ramírez Carvajal, D. (2012). *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Reale, G. (2010). *Historia del pensamiento filosófico y científico. Del romanticismo hasta hoy* (Vol. III). Barcelona, España: Editorial Herber.
- Sentis Melendo, S. (1979). *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América.
- Silva Aycaguer, L. (1997). *Ciencia y pseudociencia: una distinción crucial*. Recuperado el 30 de septiembre de 2013, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-03001997000200001&script=sci_arttext
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (septiembre de 2005a). Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. En *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*.
- Taruffo, M. (septiembre de 2005b). La prueba, la verdad y la decisión judicial. En *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal* (108-109).
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Segunda edición. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Urrutia Odabachian, A. (2003). El genoma humano. Orden interno. *Revista Investigación y Ciencia*.

CAPÍTULO V

El Estándar de Prueba de Conocimiento Más Allá de Toda Duda Razonable en el Proceso Penal: Una Aproximación Teórica*

*MÓNICA BUSTAMANTE RÚA***

* El presente capítulo es producto del proyecto de investigación: La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de la duda razonable”.

** Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario-Argentina, Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario-Argentina. Ha adelantado estudios en Investigación Científica y Didáctica Universitaria. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la misma institución. Adelanta investigaciones en temas relacionados con el Derecho Procesal Constitucional, Derecho Procesal Penal y Derecho Probatorio. Integrante de la Red Interuniversitaria para el Estudio del Derecho Procesal y del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Docente de Posgrado. Expositora nacional e internacional. Jefa Doctorado y Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo. Sedes Medellín y Rionegro. mmbustamante@udem.edu.co

Para hablar de estándares de prueba debemos responder a la pregunta: ¿cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis y que descansará en última instancia en exigencias o grados de confirmación? Los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; son los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis (Laudan, 2013, p.107)*.

Respecto al tema, se ha señalado que la construcción de un estándar de prueba implica dos cosas: la primera, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; la segunda implica enunciar objetivamente el estándar de prueba, esto es, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de conocimiento.

1. ¿Qué es el estándar de prueba de “conocimiento más allá de toda duda razonable”?

Este estándar en materia penal permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque sean improbables, pues según este criterio, los enunciados relativos a los hechos que constituyen la culpabilidad deben obtener de las pruebas disponibles un altísimo nivel de ratificación, pues una prueba que no deje alguna duda razonable en torno a la verdad del hecho debe ser una prueba con un nivel altísimo de fuerza demostrativa.

Se pregunta el profesor Laudan, ¿por qué habríamos de establecer un umbral en un punto mayor al de preponderancia de las pruebas (50+ por 100)? y responde diciendo

La respuesta es que establecemos el umbral más allá del punto medio solo cuando creemos que una de las clases de error que pueden cometerse es más costosa –por lo que nos interesa que se evite con mayor asiduidad– que la otra (Laudan, 2013, p.105).

* Se plantea que un estándar de prueba, especifica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada.

En ese sentido observa que en el contexto del Derecho Procesal Penal, cuando establecemos el umbral de prueba en un punto más alto al de preponderancia de las pruebas se está tratando de otorgar al acusado el *beneficio de la duda*, dado que se piensa que condenar erróneamente al inocente es peor que absolver erróneamente al culpable.

Así desde la perspectiva epistemológica de Laudan, un estándar de prueba es mejor concebido como un mecanismo para la distribución de los errores

Esto sugiere que si de algún modo pudiéramos describir los costos relativos que la comisión de condenas falsas y de absoluciones falsas representa para la sociedad, quizá pudiéramos utilizar la razón proporcional de dichos costos como un mecanismo para determinar la severidad de nuestro EdP (Laudan, 2013, p.110).

El profesor Taruffo señala que solo en el caso de que la prueba haya ofrecido la certeza sobre los hechos podría el acusado ser condenado. Para él, la presunción de inocencia en el proceso penal no está orientada al descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos, sino como un procedimiento orientado a hacer posible para el acusado la defensa y verificar si las pruebas de acusación son suficientes o no para vencer la presunción de inocencia.

Este estándar de prueba tiene su antecedente en el proceso penal inglés y es la regla fundamental en el proceso penal norteamericano, asimismo existe la tendencia de su aplicación en ordenamientos propios del Derecho continental como en el Derecho italiano, chileno, y ahora en el colombiano.

La razón de la adopción del estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable es de naturaleza ética-política, para procurar que el juez penal pueda condenar al acusado solamente cuando se haya conseguido,

por lo menos tendencialmente, la certeza de su culpabilidad; ello significa que el acusado tendrá que ser absuelto todas las veces que en relación a su culpabilidad resulte una duda razonable sobre su eventual inocencia. Se trata de un criterio más elevado que la probabilidad prevalente porque en el proceso penal están en juego las garantías del acusado y para limitar las condenas solo a los casos en los cuales el juez haya podido establecer con certeza la responsabilidad penal, sin que permanezca alguna posibilidad racional de duda acerca de la culpabilidad del imputado.

Lo anterior muestra cómo una sentencia de condena debe ser admitida solo cuando haya certeza de culpabilidad del acusado, pero la pregunta más difícil de responder es ¿cuándo una duda es o no razonable?, pues existen dificultades para definir analíticamente el criterio y las formulaciones propuestas con el fin de determinarlo, se han reducido a soluciones tautológicas o círculos viciosos que, como lo señala Taruffo, “terminan en el ridículo y afloran en insensatez”. Asimismo se indica que son poco atendibles las tentativas por cuantificar el grado de prueba necesario para emplear el criterio; al respecto no existe acuerdo, por ejemplo se suele decir que la prueba para superar la duda razonable debe sobrepasar el 95 % del grado de confirmación, lo que implica que la duda para ser razonable debe ser superior al 5 %, lo cual resulta en una forma de argumentar incongruente. Otros ejemplos que encontramos son los siguientes: a) “es preferible que 20 culpables sean absueltos que un inocente condenado”, b) “es mejor absolver dos culpables que condenar un inocente”, c) “es mejor absolver a 1000 culpables que condenar un inocente”.

Larry Laudan, en su texto *Verdad, error, y proceso penal*, presenta los siguientes ejemplos al introducir su Capítulo III “El establecimiento del estándar de prueba” (Laudan, 2013, p.103):

- “Es mucho más prudente absolver a dos personas que sean culpables que dictar una sentencia condenatoria a una persona virtuosa e inocente”. Voltaire (1746-1767).

- “Es mejor que cinco personas culpables escapen del castigo a que una persona (inocente) deba morir”. Sir Mathew Hale (1716).
- “Es mejor que diez personas culpables se libren del castigo a que un inocente sufra”. William Blackstone (siglo XVIII, 358).
- “Debo preferir, sin duda, que veinte personas culpables se libren de la pena de muerte por misericordia a que un inocente sea injustamente condenado”. John Fortescue (1471, p.65).
- “Es mejor que cien personas culpables se libren, que una persona inocente sufra”. Benjamin Franklin (1785, p.13).
- “Es mejor... absolver a mil personas culpables que condenar a muerte a un solo inocente”. Moses Maimonides (siglo XII, 270).

De allí que el maestro Taruffo (2005) reflexione que es poco sensato razonar en términos de margen de error, porque no es verificable, no es posible saber si el condenado ha sido inocente o el absuelto culpable; de ahí que se prefieran sentencias penales en las que se reduzca al mínimo la eventualidad de condena de inocentes, aunque incrementando el índice de absoluciones culpables. Así se concluye que no es posible construir definición del criterio y se dan dos soluciones por parte de la doctrina: a) abandonarlo y sustituirlo por criterios equivalentes como el de certeza o el de alta o altísima probabilidad, b) reconocer que se trata de un concepto indeterminado que expresa un principio general que el juez especifica en cada caso concreto.

Por su parte el español Jordi Ferrer (2005), asume una concepción escéptica al decir que nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que este sea, permitirá adquirir certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis, y llega a dos conclusiones: a) la falta de certeza nos sitúa en el ámbito del razonamiento probabilístico, b) se debe establecer un umbral a partir del cual se acepte una hipótesis como probada.

2. Breve referencia a la discusión doctrinal sobre la objetividad o subjetividad del estándar de prueba de “conocimiento más allá de toda duda razonable”

Se presenta a continuación otra discusión, esto es, si el estándar de prueba de conocimiento de más allá de toda duda razonable, es un estándar subjetivo, pues se suele poner en duda su carácter de estándar de prueba*, o si es posible la formulación de estándares de prueba objetivos** al respecto se puede ver la discusión publicada en la *Revista Doxa* (2005)♦.

En primer lugar, Laudan en su texto “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” plantea que los estándares de prueba actuales son subjetivos y ambiguos al decir que el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en el juicio es un estándar no subjetivo de la prueba, de allí que interprete el autor que las reglas de la evidencia y del procedimiento deberán ser diseñadas para disminuir el error judicial y no con el objetivo de aminorar la posibilidad de reducir una absolución falsa; en su concepto, “Las reglas existentes en todo sistema jurídico, al menos de los que conozco, están llenas de esfuerzos, bien intencionados pero mal entendidos, encaminados a rebajar la escala de justicia con el fin de que sea más difícil obtener la culpabilidad”.

Por su parte el profesor Taruffo (2005) plantea en la discusión tres observaciones a la postura de Larry Laudan, la primera considera que la finalidad del proceso penal no es precisamente la búsqueda de la verdad

* Ver posiciones de Larry Laudan (2005).

** Ver posiciones de Marina Gascón de Abellán (2005), Michelle Taruffo (2005) y Juan Igartua Salaverria (2005).

♦ Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar (escrito por Larry Laudan, epistemólogo y filósofo de la ciencia), Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan (por Michelle Taruffo, filósofo del Derecho y procesalista), Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos (por Marina Gascón de Abellán, Teórica del Derecho), Prolongaciones a partir de Laudan (por Juan Igartua Salaverria, Teórico del Derecho), Una breve réplica (por Larry Laudan).

de los hechos, sino la implementación del principio de contradicción y el pleno desarrollo de la defensa del imputado; la segunda, que en el sistema norteamericano no es posible verificar la aplicación del estándar porque los jurados no motivan sus veredictos, porque resulta obvio que los jurados deciden según sus inclinaciones subjetivas, sin que se les exija decidir en forma objetiva; y la tercera observación, cuestiona el rechazo a la valoración integral y holística de las pruebas para el establecimiento de los hechos, dada la falta de objetividad y rigor en el análisis.

De otro lado, en esta discusión plantea Marina Gascón (2005) que la construcción de un estándar de prueba es una elección política o valorativa, elección que en definitiva determina cuál de los siguientes dos errores en el conocimiento de los hechos se considera más asumible: a) aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, o b) no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero, razón por la que estima la profesora Gascón que la manera de formular estándares de prueba objetivos dependerá del esquema de valoración que se maneje.

Igualmente plantea Juan Igartua Salaverria (2005), que la asimilación de la “duda razonable” al proceso penal español como estándar de prueba reporta grandes beneficios –a diferencia del sistema del common law– debido a la obligación de los jueces de motivar en la sentencia ese estándar de prueba: “Con ello, por un lado se legitima la decisión jurisdiccional en la medida en que solo una duda bien razonada acredita ser una “duda razonable” (Igartua Salaverria, 2005). Por otro, porque solo cabe el control procesal y extraprocesal de lo público o de lo publicado, no de lo que se enclaustra en el recinto mental del juzgador.

Y remata con su réplica Larry Laudan (2005), a las posturas de Taruffo, Gascón e Igartua, diciendo que tienen en común decir que los problemas del estándar de la duda razonable se pueden solucionar si los veredictos

acerca de los hechos dependieran de jueces profesionales instruidos en los patrones de inferencia judicial. En opinión del autor, sin embargo, el problema es que el propio estándar de prueba de la duda razonable es profundamente vago e incomprensible, sea para un juez profesional o para un juez lego, por lo que no tiene sentido obligar a justificar una decisión tomada a partir de un estándar cuyo significado no es claro.

En su obra *Verdad, error y proceso penal*, expone Laudan, que fuera del Derecho, un estándar de prueba nunca se plantea en términos de los niveles de confianza subjetiva de quienes realizan la indagación correspondiente, “sino en términos del vínculo inferencial que debe existir entre las pruebas disponibles y la hipótesis de que se trate a los efectos de poder considerar tal hipótesis como una proposición probada” (Laudan, 2013, p.126).

Como se ve, la discusión, que muestra diferentes configuraciones desde la filosofía, la epistemología, la teoría del Derecho y la teoría del proceso, es un problema complejo y multidisciplinario que nos aboca a cuestionar nuevamente acerca de la objetividad o subjetividad de un estándar de prueba desde sus alcances y propios límites; ello definitivamente dependerá del tipo de sistema de valoración de la prueba a que hagamos referencia, así en el sistema continental europeo, en un extremo la íntima convicción y del otro extremo la sana crítica en perspectiva de una concepción racionalista de la prueba, igualmente dependerá del papel que juega el juez en la valoración de la prueba –en nuestro sistema como juez profesional– y comprometido con el fin del proceso y el fin mismo de la prueba que se trace a partir del sistema de valoración acogido en cada cultura jurídica*.

* De otro lado hay también por señalar que en el proceso penal existen distintos estándares de prueba, así por ejemplo uno es el exigido para dictar medida de aseguramiento de detención preventiva, otro el requerido para formular acusación y mucho más exigente el estándar de prueba para declarar penalmente responsable a una persona a través de una sentencia condenatoria, de allí que se deba responder a la pregunta de cuál es el nivel de suficiencia de corroboración de la hipótesis acusatoria para derrotar la presunción de inocencia en la sentencia. En concreto en el artículo 220

Al respecto se pregunta Jordi Ferrer (2005), ¿es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal que no sea dependiente de las creencias subjetivas del juzgador, resulte por ello controlable intersubjetivamente e incorpore en una versión no subjetivista el principio del *in dubio pro reo*? Para responder a la pregunta realiza una propuesta de formulación de estándar de prueba, en el sentido que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad deben darse las siguientes condiciones: a) la hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, y b) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles que son compatibles con la inocencia.

En su texto *La valoración racional de la prueba*, Jordi Ferrer (2007) se pregunta: ¿qué requisitos debe cumplir la formulación de un estándar de prueba penal para que pueda funcionar como criterio racional de decisión sobre la prueba? Al respecto responde

En mi opinión, la formulación de un estándar de prueba con el que se quiera cumplir esa función debe, en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas de sujeto decisor acerca de los hechos. El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de

del Código de Procedimiento Penal colombiano, se consigna que solo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonadamente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe a una determinada persona. Al mismo tiempo el artículo 308 del Código de Procesamiento Penal colombiano, explicita que el juez control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva; entre los requisitos se expresa “que resulta probable que el imputado no comparezca al proceso o no cumplirá con la sentencia”. Adicionalmente el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal colombiano, establece que el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente, para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida se pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe. Nótese adicionalmente que el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, al hacer referencia a la pertinencia, consiga que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionadas.

determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. En segundo lugar, la formulación del estándar debe ser suficientemente precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Estos son dos requisitos de tipo técnico. Un tercer requisito puede ser añadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas (Ferrer Beltrán, 2007, p.146).

Por su parte la docente investigadora española Mercedes Fernández (Fernández López, 2015), señala que el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, es una figura del Derecho anglosajón, existiendo una polémica al preguntarse si es conveniente que los jurados sean instruidos acerca de su significado, pues se trata de un concepto indeterminado. Considera, que sí es posible determinar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que estos han de reunir para constituir prueba de cargos suficientes para condenar.

Plantea a título de ejemplo la prueba indiciaria, al decir que los indicios deben: a) estar plenamente probados o ser fiables; b) deben ser plurales y pertinentes; c) la conclusión se debe alcanzar a partir de las premisas aplicando una máxima de la experiencia común o especializada bien fundada que no ha de entrar en competencia con conclusiones incompatibles que se consideren igualmente infundadas; ni con hechos considerados probados que tengan la suficiente fuerza para derrotarla. Asimismo ejemplifica el estándar en pruebas personales y explica dos elementos que debe reunir: el primero, que *en la persona del declarante debe verificarse la ausencia de incredibilidad subjetiva* (verificar motivos de la declaración, la exculpación de

terceros –sentimientos de venganza o de obediencia, la autoexculpación o la obtención de beneficios procesales o penitenciarios, la personalidad del declarante, desarrollo y madurez mental). Y el segundo, la *declaración debe ser corroborada mediante datos objetivos* (que la declaración no sea fantástica o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o la experiencia; la declaración inculpatoria se debe mantener firme a lo largo de todo el proceso, que sea coherente– que no presente contradicciones en sus distintas partes; la declaración debe ser corroborada por datos periféricos de carácter objetivo).

Y muy importante cuando aclara que dichas reglas no configuran una tarifa legal, que lo que procuran es minimizar el riesgo de equivocaciones judiciales en la valoración de la prueba y estrechar los márgenes de discrecionalidad judicial.

Este estándar en materia penal permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque sean improbables, pues según este criterio, los enunciados relativos a los hechos que constituyen la culpabilidad deben obtener de las pruebas disponibles un altísimo nivel de ratificación, pues una prueba que no deje alguna duda razonable en torno a la verdad del hecho debe ser una prueba con un nivel altísimo de fuerza demostrativa.

3. Diversas interpretaciones de Duda Razonable en la jurisprudencia de Estados Unidos (Sistema del *Common Law*): estudio de Larry Laudan (Nieva, 2013, p.78)*

A continuación se realiza un análisis del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable en el contexto del sistema con-

* En este punto se partirá del análisis que sobre el tema realiza Larry Laudan (2013), en su Capítulo II La Indescifrable Duda Razonable, en especial entre las páginas 59 a 83. “El problema es determinar lo que sea una duda “razonable”, puesto que la apreciación sobre esa noción varía de persona a persona. Es por ello que no es de extrañar que Laudan llegue a la conclusión, tras el análisis jurisprudencial del concepto, de que no existe una noción unificada de lo que es razonable”.

tinental europeo en el que opera un *Juez Profesional* para la toma de la decisión final, planteamiento que surge ante la incorporación del estándar en el Código Procesal Penal colombiano a partir del año 2004.

Por hallarse el origen del estándar de prueba para dictar sentencia condenatoria, en el proceso penal “conocimiento más allá de duda razonable” en la experiencia del sistema anglosajón en el que actúan *Jurados* para dictar sentencia, se hizo necesario por la investigadora estudiar las diferentes interpretaciones que han surgido, esto es, las variadas instrucciones que dan a los jurados para explicar el contenido y alcance de dicho estándar.

El origen de BARD en la jurisprudencia de Estados Unidos (1850)

Como bien lo reseña el estudioso Larry Laudan, hasta finales del siglo XVIII y antes de introducirse el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda, a los jurados se les tomaba un juramento de compromiso al emitir un veredicto verdadero sobre el caso que debían decidir.

Partiendo de la presunción de inocencia del acusado, el contenido del juramento era interpretado, en el sentido que los veredictos de culpabilidad eran solo legítimos, si los miembros del jurado estaban absolutamente seguros de la culpabilidad del acusado.

Por ser un estándar altamente exigente los filósofos y juristas de la Ilustración observaron que no era posible demandar de los jurados una *certeza absoluta* y que en consecuencia solo resultaba posible alcanzar una *certeza moral*, no interpretada en su momento como una certeza vinculada con la moralidad, sino para diferenciarla de la *certeza matemática*.

A partir de la década de 1850 fue ampliamente aceptado en Estados Unidos en los tribunales estatales y federales, el principio de que la culpabilidad del acusado debía establecerse más allá de toda duda razonable. Fue

así como, las instrucciones que los jueces daban a los jurados antes de que estos se retiraran a deliberar incluían de manera uniforme la aclaración de que un veredicto de culpabilidad solo podía pronunciarse si los miembros del jurado tenían *la certeza moral o la creían más allá de toda duda razonable*, de que el acusado cometió el delito en cuestión.

En ese orden de ideas, Laudan cita un importante caso de 1850, en el cual el magistrado presidente de la Corte Suprema de Massachusetts, Lemuel Shaw, resumió la relación que existe entre la *certeza moral y la prueba más allá de toda duda razonable*. Su opinión se convirtió en la formulación de BARD vigente por casi un siglo:

(...) Entonces, ¿qué es la duda razonable? Es un término usado con frecuencia, probablemente bien comprendido, sin embargo, difícil de definir. No se trata simplemente de una duda posible; dado que todo lo relacionado con el quehacer humano, lo cual depende de pruebas que producen solo certeza moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Se trata pues, de ese estado del caso, tras una completa comparación y consideración de todas las pruebas; deja la mente de los miembros del jurado en una condición tal que no pueden decir que experimentan una convicción perdurable, que produce certeza moral, acerca de la verdad de los cargos respectivos. La carga de la prueba corresponde al fiscal. Independientemente de las pruebas específicas, todas las presunciones jurídicas están a favor de la inocencia; y toda persona es presumida inocente hasta que no sea probada su culpabilidad. Si todavía subsiste una duda razonable en relación con dicha prueba de culpabilidad, el acusado tiene derecho a beneficiarse de tal presunción en términos de una absolución. Ya que no es suficiente establecer que hay mayores probabilidades de que los hechos imputados sean verdaderos que las que hay de que no lo sean, aunque se trate de una probabilidad fuerte obtenida mediante el cálculo riguroso de probabilidades; sino que las pruebas han de establecer la verdad de los hechos en el

sentido de producir una certeza razonable o moral; es decir, una certeza que convence, dirige el entendimiento y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base en esa certeza. Esto es lo que considera una prueba más allá de toda duda razonable (Laudan, 2013, p.65).

Esta interpretación del estándar de prueba, se tuvo hasta finales del siglo XIX, con algunas ampliaciones o reinterpretaciones en los jueces al momento de explicar el estándar a los jurados.

Rango constitucional del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda en Estados Unidos (1970)

En 1970 en la decisión *In re Winship*, elevó a nivel constitucional el estándar, mediante lo que califica Larry Laudan como una interpretación bastante creativa, dado que en ninguna parte de la Constitución de Estados Unidos se toca el estándar de prueba aplicable en el proceso penal. En dicha decisión la Corte Suprema de los Estados Unidos, precisó que la Constitución ordenaba que todos los jurados de causas penales debieran ser instruidos en el sentido de tener la obligación de aplicar el estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable como umbral para la emisión de condenas:

En *Cage v. Louisiana*, la Corte Suprema argumentó que *In re Winship* estableció que la cláusula del debido proceso de la enmienda decimocuarta “protege al acusado en contra de una condena, salvo que cada hecho necesario para constituir el delito que se le imputa haya sido probado más allá de toda duda razonable” (397 US 358:383 (1970)) (Laudan, 2013, p.66).

De allí que la omisión del juez de instruir al jurado en estos términos se convirtió en el Derecho jurisprudencial norteamericano en causa de revocación de las sentencias respectivas.

Ahora bien, la relación del estándar con el concepto de *certeza moral*, la misma Corte Suprema de los Estados Unidos ha argumentado que el uso lingüístico de la expresión es arcaico y no proporciona orientación alguna a los jurados, llegando a confundirlos, al entender la certeza moral como una especie de autorización para condenar en parte sustentados en juicios de valor sobre el comportamiento del acusado “(...) la magistrada Sandra Day O’Connor, en su sentencia apoyada por la mayoría de la Corte, sostuvo enfáticamente que “esta Corte no condena el uso de la anticuada frase certeza moral (...)” (Laudan, 2013, p.67).

De allí, que desprovisto el estándar objeto de estudio como *certeza moral*, los jueces en el sistema anglosajón han presentado otras alternativas para explicar a los jurados la noción.

Más allá de toda duda razonable como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida

Expone Larry Laudan, que a partir del siglo XIX, una explicación del estándar implica compararla con el tipo de decisiones importantes o cruciales en la vida de los ciudadanos ordinarios:

La Prueba más allá de toda duda razonable es entonces una prueba de carácter tan convincente que uno estaría dispuesto a confiar y a actuar con base en ella sin vacilación alguna, en las cuestiones y asuntos más importantes de la vida (Laudan, 2013, p.68).

Sin embargo el estudioso en cita, cuestiona este razonamiento, considerando que en la vida ordinaria, incluso las dudas considerables provocan en nosotros poca o nula vacilación para actuar y hace relación a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Massachusetts que se opone a dicha analogía al decir que:

El grado de certeza requerido para condenar es exclusivo del Derecho Procesal Penal. No pensamos que la gente ordinariamente tome decisiones privadas empleando este estándar; de hecho, creemos que ni siquiera es posible. Sospechamos incluso que si este estándar fuera obligatorio cuando se trate de asuntos privados, el resultado sería una parálisis deliberativa masiva. Los particulares a menudo tienen el lujo de enmendar errores privados; un veredicto de culpabilidad es, con frecuencia, irrevocable (Laudan, 2013, p.69).

Más allá de toda duda razonable como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar

Como alternativa a la interpretación cuestionada encuentra Laudan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, una alternativa de definición; los magistrados en lugar de explicar qué es una creencia más allá de toda duda razonable, pasan a explicar en qué consistiría una duda razonable, así la única que podría impedir al jurado que halle culpable al acusado es aquella que conduciría a sus miembros a vacilar respecto de actuar o no en sus asuntos personales de importancia. Veamos:

Una duda razonable es una duda basada en la razón y en el sentido común –la clase de duda que haría que una persona razonable vacilara al actuar– la prueba más allá de toda duda razonable debe, entonces, ser la prueba de naturaleza tan convincente que hace que una persona razonable no vacile en confiar en esta, ni en actuar en conformidad, en sus propios asuntos privados importantes (Laudan, 2013, p.70).

No obstante, observa Laudan, que este giro en la analogía no resuelve los problemas referidos y se pregunta: ¿Son las *dudas razonables* las únicas responsables de hacernos vacilar al actuar? y responde que es poco probable, al valorar que muchas personas, ante las decisiones cruciales, dudan de actuar aun cuando el curso de acción por el que deberían optar es totalmente claro más allá de cualquier duda.

En su pesquisa, Larry Laudan encontró que un Comité de Jueces Federales, ha cuestionado también todas las versiones de estándar de prueba más allá de toda duda razonable, que buscan relacionarla o asimilarla con las situaciones cotidianas de decisión personal, así:

La analogía está fuera de lugar. En las decisiones que la gente toma sobre sus asuntos personales más importantes, la solución de conflictos sobre eventos pasados no suele jugar un papel relevante. De hecho, en las decisiones que toman sobre las cuestiones más importantes en nuestras vidas –como elegir una pareja, un trabajo, un lugar para vivir y cosas por el estilo– está involucrado un fuerte elemento de incertidumbre y de riesgo. Se trata de decisiones que en nada se parecen a la que debe tomar un jurado en materia penal (Laudan, 2013, p.71).

Y así concluye que identificar el proceso de alcanzar un veredicto en materia penal con el proceso de toma de decisiones prácticas solo crea confusión, dado que debería implantarse un umbral para condenar, más alto que aquel que habitualmente empleamos para resolver asuntos privados.

Más allá de toda duda razonable como una convicción estable en la culpabilidad del acusado

Otra forma que halló Larry Laudan como los jueces de Estados Unidos describen qué significa conocimiento más allá de toda duda razonable, consiste en sugerir a los integrantes del jurado que se trata de una convicción estable de que el acusado es culpable:

La duda razonable se define como sigue: no se trata de una duda meramente posible: pues todo aquello relacionado con asuntos humanos y dependiente de pruebas que solo pueden producir certeza moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Es ese estado mental de los miembros del jurado, después de la comparación y la consideración de todas las pruebas, en el que no pueden decir que tienen una convicción estable, una certeza moral, sobre la verdad de los cargos imputados (Laudan, 2013, p. 72).

Delimitación del estándar que tampoco convence a Laudan, e insiste en que subsiste una inquietud ¿la firmeza de una creencia en la culpabilidad del acusado mostraría que se trata de una creencia más allá de toda duda razonable? y se responde que la firmeza con que se sostiene una creencia –la intensidad de la convicción– no establece para nada si dicha creencia es racional o si está bien fundada en las pruebas disponibles.

Destaca Laudan, que desafortunadamente, la mayoría de las instrucciones dadas a los jurados no dicen nada acerca del tipo de pruebas necesarias para condenar y que más bien se centran en los estados subjetivos de los miembros del jurado. Este es un punto importante que se tiene en consideración en el capítulo que se presenta; por ello, se plantea el fin de la prueba desde la consecución de la verdad de hecho en el proceso y el sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica como sistema complejo en un contexto continental europeo como el colombiano, con toda razón expresa el autor en cita:

(...) es importante enfatizar que las dudas que han de conducir a la absolución deben ser racionales; es igualmente crucial insistir en que si las creencias en la culpabilidad del acusado han de conducir a la emisión de una condena, estas deben estar racionalmente bien fundadas (Laudan, 2013, p.73).

La duda razonable como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón

Se trata de una interpretación casi tautológica y vacía de contenido, que indica que una duda razonable, que es precisamente razonable; esto es, una duda para la cual se puede ofrecer una razón.

En esta perspectiva, Laudan (2013) cita el caso *Burnett v. Nebraska*, donde el tribunal instruyó al jurado diciéndole que una duda razonable consistía en esa duda que podían explicarse entre ellos y para la cual podían ofrecer una razón a la luz de las pruebas aducidas en el caso concreto.

Frente a esta interpretación, también existen críticas desde la judicatura americana al decir:

¿Qué clase de razón se espera? ¿Bastaría con una razón muy débil o se requiere de una muy fuerte? La propuesta no arroja luces al respecto. Parece entonces, que hay necesidad de una explicación más profunda para superar el problema de la indefinición. La expresión comentada está incluso calculada para confundir ¿A quién debe exponerse la razón de que se trate? ¿Deben los miembros del jurado dársela a sí mismos? La propuesta no lo especifica. Además de que a los miembros del jurado no les es requerido que ofrezcan y discutan las razones en que basa su veredicto (Laudan, 2013, pp.59-83).

Cuestiona abiertamente Laudan, que esta forma de analizar el estándar rompe con la distinción entre una duda (*posible*) y una duda razonable. Encuentra que el jurado no puede determinar que las dudas que tiene son *razonables* sin que, en efecto, sea capaz de formularselas a sí mismo y de someterlas a escrutinio:

(...) si un miembro del jurado no puede señalar alguno de los elementos probatorios de la acusación que no le parezca totalmente convincente, entonces es imposible, incluso para él, determinar si su duda acerca del veredicto de culpabilidad es racional o no. Obviamente, a la acusación no debería conferírsele la carga de eliminar de las mentes de los miembros del jurado todas las dudas posibles, sino solo las razonables (Laudan, 2013, p.77).

Por todo ello, se considera que exigir a los miembros del jurado que sean capaces de expresar tales dudas a sus colegas, o a sí mismos, es perfectamente compatible con la presunción de inocencia y con la imposición de la carga completa de la prueba a la acusación. Así Laudan incluye en su exposición la interpretación que valora como su favorita

Esta no es una duda basada en la simpatía, el prejuicio la parcialidad, el capricho o el sentimentalismo, ni en la endeble voluntad de un miembro del jurado débil, tímido, sin convicciones, quien busca evitar con un deber desagradable, a saber, condenar a otro ser humano por la comisión de un delito grave (Laudan, 2013, p.79).

Más allá de toda duda razonable como una creencia altamente probable

De acuerdo con este enfoque, mucho más popular entre académicos e incluso entre los ciudadanos ordinarios que entre los jueces, la forma correcta de entender lo que significa una creencia más allá de toda duda razonable consiste en sostener que cualquiera de las creencias de este tipo ha de ser *altamente probable*.

Teniendo en cuenta que el estándar de prueba que aplica en materia penal sea mucho más severo que el civil, de modo que para dictar una condena las probabilidades tendrían que ser más altas (algunos asignan un valor de 0,9 a 0,95).

Quienes proponen esta interpretación del estándar, sintetiza Laudan, argumentan que los jueces deben instruir a los jurados en el sentido de que deben absolver a menos que su confianza, o el grado de intensidad de su creencia en la culpabilidad del acusado, se encuentre muy cerca de la certeza.

Esta interpretación resulta bastante cuestionada, dado que no es posible estar en forma completa y absoluta seguros de la culpabilidad del acusado. Incluso tribunales de Estados Unidos han expresado que “la noción de duda razonable no se presta a la cuantificación; es inherentemente cualitativa” (Laudan, 2013, p.80).

Por ello se dice que cualquier intento por cuantificar la duda razonable,

puede disminuirla o aligerar, indebidamente, la carga de la prueba impuesta a la acusación; además de que probablemente tienda más a confundir que a esclarecer las cosas (Laudan, 2013, p.80).

Para reforzar estas ideas, plantea Laudan, que quizá la formulación más poderosa del argumento en contra de definir la duda razonable como un valor específico de probabilidad proviene de Thomas Starkie, quien en 1828 estableció su punto de vista así:

Sostener que cierto valor de probabilidad infinito pueda constituir el tipo de prueba adecuado para la condena de un ofensor, en realidad sería aseverar que entre un número finito de personas acusadas, debe sacrificarse a un hombre inocente por el bien de castigar al resto; proposición que es tan inconsistente con el espíritu humanitario de nuestro derecho como los principios de racionalidad y de justicia (Laudan, 2013, p.82).

Con relación a todas las interpretaciones que se tienen del estándar de prueba aplicable en el proceso penal en Estados Unidos, Larry Laudan concluye que es urgente una clarificación del significado, dado que observa que abundan múltiples versiones que son confusas, desde su perspectiva epistemológica: “la obsesión consiste en definir BARD centrándose en los estados mentales subjetivos de los miembros del jurado que han prevalecido durante un ciclo y medio” (Laudan, 2013).

Todo ello, lleva a Laudan a reflexionar con sensatez que debería abandonarse tal postura para dar paso a definiciones del estándar de prueba en el proceso penal centradas en el tipo de pruebas necesarias para hacer que una persona racional esté razonablemente segura de la culpabilidad de alguien.

Lo anterior, para mostrar que el estándar de prueba del proceso penal

“conocimiento más allá de toda duda razonable”, tiene su origen en el sistema anglosajón y que a partir del análisis y estudio exhaustivo que de sus diversas interpretaciones presenta el profesor norteamericano Larry Laudan, se puede concluir que no existe una definición unívoca del término, además debe tenerse en cuenta que se trata de un sistema constituido por un juez que debe brindar la instrucción sobre el estándar y por un jurado configurado por ciudadanos particulares que reciben la instrucción de parte del juez y que al momento de emitir su veredicto no tienen la obligación de motivar su decisión.

4. La visión epistemológica de los estándares de prueba de Susan Haack

Por su parte considera Haack, que para entender los grados de prueba y los estándares probatorios en el Derecho, no debemos acudir a la teoría de la probabilidad, sino, en su lugar a la epistemología (Haack, 2013, p.66), por ello considera que el lenguaje de los estándares de prueba es también en parte epistemológico.

De esta manera, presenta un muestreo a partir del estudio de la jurisprudencia de Estados Unidos, de algunas instrucciones al jurado sobre los estándares de prueba para confirmar dicha comprensión epistemológica*:

- Una duda razonable respecto a la culpabilidad del demandado puede surgir de las pruebas, del conflicto entre las pruebas o de la falta de pruebas.
- Las pruebas más allá de toda duda razonable, deben ser de carácter tan convincente que una persona razonable no dudaría en confiar y actuar conforme a ellas en el más importante de los asuntos.
- La duda razonable puede surgir no solo de las pruebas presentadas, sino también de la ausencia de prueba. Esta existe cuando, después

* Téngase en cuenta que en el análisis se ha hecho referencia al caso colombiano; se adoptó a partir del Código Procesal Penal de 2004, como Estándar de Prueba, el conocimiento más allá de toda duda. Estándar que no es propio del sistema continental europeo y que tiene su origen en el Derecho jurisprudencial anglosajón.

de valorar y considerar todas las pruebas, usando la razón y el sentido común, los jurados no pueden decir que tienen una firme convicción sobre la verdad de los cargos.

- La duda debe ser razonable. No es una duda meramente posible o imaginaria. Una duda razonable, es una duda imparcial, basada en la razón y en el sentido común; un acusado nunca debe ser condenado con fundamento en una simple suposición, conjetura o especulación.
- Una duda razonable debe surgir de las pruebas, de la falta de pruebas o de la naturaleza de las pruebas.
- La presunción de inocencia solo puede superarse si la acusación prueba más allá de toda duda razonable cada elemento esencial del delito imputado.

En ese orden de ideas, expone Haack que lo anterior deja claro que el estándar de prueba no debe entenderse como una simple cuestión psicológica del grado de convicción del jurado, sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia *avalado por las pruebas*, o la falta de ello (Haack, 2013, p.72).

Así, se plantea que los estándares de prueba deben ser entendidos, no simplemente en términos de grado de confianza del juzgador de los hechos con independencia de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas.

En resumen, la tarea del juzgador de los hechos es paradigmáticamente epistemológica. (...) El juzgador de los hechos debe determinar, como Russell hubiese dicho, si las pruebas presentadas hacen creíble al grado exigido la(s) proposición(es) en cuestión; o, en mi vocabulario epistemológico, si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión (Haack, 2013, p.75).

Esboza Haack que cuando se habla de la credibilidad o del aval de una afirmación, comúnmente se usa el lenguaje de las probabilidades (*probability*), esto es, qué tan probable es, dadas ciertas pruebas, que la afirmación sea o no cierta. En ese orden, cita la autora el sentido usual de “probable” de conformidad con el Diccionario de Inglés Oxford, al significar que “dadas las pruebas existentes es posible esperar razonablemente que algo suceda o que sea el caso”; igualmente cita el Diccionario Merriam-Websters que dice “algo suficientemente respaldado por las pruebas para establecer una presunción pero no para tenerlo como probado”. Asume la profesora, que no se debe interpretar que porque aparezca la palabra “probable” en el contexto del Derecho, se trate de probabilidades matemáticas y no de probabilidades epistemológicas.

De esa manera asume la profesora británica la probabilidad epistemológica, entendida como grados de credibilidad racional o de aval y responde a tres preguntas (Haack, 2013, pp.78-79):

1. ¿Qué grado de *apoyo* ofrecen las pruebas? Pueden tener algún grado de *apoyo* (ser positivas o favorables) a determinada conclusión, o pueden socavarla (ser negativas o desfavorables), o ser neutrales (irrelevantes).
2. ¿Cuán seguras son las razones con independencia de la afirmación en cuestión? Cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *positivas*, la conclusión estará *más* avalada; cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *negativas*, la conclusión será *menos* avalada.
3. ¿Cuán *inclusivas* son las pruebas? Las pruebas con un mayor grado de inclusión dan más aval a una conclusión que las pruebas con menor grado de inclusión, si y solo si, las pruebas adicionales son *al menos tan favorables* como las demás.

Ideas que sintetiza con claridad, así:

(...) el grado de apoyo otorgado por las pruebas depende de la aportación que estas hagan para la integración explicativa de las pruebas –más la con-

clusión o, aún más breve y aproximada— de cuán bien encajen las pruebas y la conclusión juntas en un relato explicativo (Haack, 2013, p.79).

De esta forma llega Haack a presentarnos su tesis sobre la teoría que denomina *fundaherentista* que explica de la siguiente manera:

(...) con ello quiero decir que, como el fundacionalismo y a diferencia del coherentismo admite el rol de las pruebas sensoriales; y, al mismo tiempo, como el coherentismo, pero a diferencia del fundacionalismo, admite relaciones de apoyo mutuo omnipresentes entre nuestras creencias. Es también *material*: es decir, reconoce que lo que determina la calidad de las pruebas y, por tanto, del aval, no es totalmente formal sino también en parte material (Haack, 2013, pp.79-80).

De esa manera, sostiene que, los grados de prueba jurídica se explican mejor como grados de credibilidad racional o de aval, mismos que no pueden identificarse con las probabilidades matemáticas, dado que se deben garantizar grados racionales o razonables de creencias. Así su teoría del *fundaherentismo* está planteada como una articulación de los estándares implícitos en nuestras evaluaciones diarias sobre qué pruebas son mejores y cuáles son peores y qué creencias están más o menos avaladas.

5. La presunción de inocencia en Colombia y el desconocimiento del legislador sobre el estándar de prueba para condenar

En la Ley 94 de 1938, en el título preliminar de ese Código, se contemplaban siete artículos relacionados con la legalidad del proceso, la captura en flagrancia, la favorabilidad, la autoridad que concede la rebaja de la pena y la aplicación de normas del procedimiento civil; ninguna referencia expresa se consignó en torno a la idea de la presunción de inocencia.

Con posterioridad el Decreto 409 de 1971, en el título de normas gene-

rales, se hizo referencia a la legalidad del proceso, el orden superior y responsabilidad penal, la garantía de ciertos derechos individuales, las obligaciones civiles, la aprehensión en flagrancia y el principio de favorabilidad, en estas normas de procedimiento penal de 1971 tampoco existió un reconocimiento expreso del principio de la presunción de inocencia.

A continuación el Decreto 2700 de 1991, a través del cual se dictaron las normas de procedimiento penal, por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el literal a) del artículo transitorio 5, del Capítulo 1 de las disposiciones transitorias* de la Constitución Política de Colombia de 1991, se consagró puntualmente la garantía, así:

Artículo 2°. Presunción de inocencia. En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una declaración judicial definitiva, sobre su responsabilidad penal.

Luego el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) hace también un reconocimiento expreso de la siguiente forma:

Artículo 7°. Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado.

Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales.

* La citada disposición transitoria, facultó al Presidente de la República para la expedición de las normas “que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal”.

Y finalmente, el vigente Código de Procedimiento Penal para Colombia –Ley 906 de 2004– que desarrolla el actual sistema de tendencia acusatoria, consagró también en el artículo 7° del Título Preliminar “Principios rectores y garantías procesales”, la presunción de inocencia en los siguientes términos:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria

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

Como se observa en esta breve descripción, ni en la Ley 94 de 1938, ni en el Decreto 409 de 1971, expedidos bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, se contemplaba entre sus principios y garantías procesales a la presunción de inocencia.

Así mismo se puede denotar que a partir de la vigencia de la actual Constitución Política (1991) la normativa procesal penal contempló de manera específica entre sus principios y garantías procesales a la presunción de inocencia, pero tal vez de manera desprevenida, por no decir de manera desapercibida, la doctrina colombiana no se ha ocupado de su evolución y desarrollo legal y jurisprudencial y menos aún de darle una lectura desde el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable.

Nótese cómo a partir de la vigencia de la actual Carta Política la regulación procesal en el ámbito de lo penal, no solo consagra la garantía de la

presunción de inocencia, sino que además la reformula constantemente; en concreto de manera inicial en el Decreto 2700 de 1991 estipula la presunción de inocencia bajo la versión de principio y de regla de tratamiento; luego la Ley 600 de 2000 le adiciona la versión de regla de juicio *in dubio pro reo*; y finalmente el actual Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, reúne todas las versiones de la presunción de inocencia (como principio, regla de tratamiento, regla probatoria y regla de juicio) y de manera muy especial la vincula con el estándar de prueba del conocimiento más allá de toda duda.

Al indagarse por la exposición de motivos y los debates del legislador para las reformas introducidas en el proceso penal en lo que guarda relación con la presunción de inocencia y su vinculación con el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda, se descubre un cambio de redacción para el estándar de prueba exigido para condenar.

En primer lugar el Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, el estándar de prueba para dictar sentencia condenatoria se presentó con la siguiente redacción:

Artículo 307°. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento cierto, **más allá de duda razonable**, 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.

Luego, en el texto conciliado ante la Cámara de Representantes, se leía claramente para el principio de presunción de inocencia y para el conocimiento para condenar que el estándar definido era el de conocimiento más allá de toda duda *razonable**.

* Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara, 229 de 2004 Senado.

En el segundo debate ante el Senado, se refleja un cambio importante en cuanto a la redacción de la norma del estándar de prueba para condenar, donde sin un estudio profundo de la figura se suprime la palabra “razo-
nable”:

Durante los días 25, 26 y 27 de mayo se discutió y aprobó el proyecto que es objeto de este informe, y al texto presentado por los ponentes se introdujeron las siguientes modificaciones:

Artículo 7°. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

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

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

(...) A instancia del Senador Rodrigo Rivera y con el respaldo del Senador Gaviria, se eliminó la expresión “razonable” porque en un Estado de Derecho todas las dudas deben ser razonables; no puede haber dudas irrazonables. La proposición fue votada 8 a favor y 3 en contra.

En ese sentido, se observa, por parte del legislador colombiano, la falta de claridad frente al estándar de prueba propuesto en el proyecto de ley por la comisión de expertos, un estándar de prueba adoptado de la experiencia del sistema anglosajón y que ya previamente había sido acogido por Chile; de allí que por la falta de conocimiento frente al tema y sin mayores argu-

mentos se votó suprimir la palabra *razonable* y el estándar de prueba para dictar sentencia condenatoria en el proceso penal que definió el artículo 381, se recortó o prácticamente se mutiló para concretarse como “*conocimiento más allá de toda duda*”.

6. El Estándar de prueba en el proceso penal, paralelo entre sistemas

Así al analizar a los autores en escena y auscultado el origen del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable en el sistema del *common law*, se trazan a continuación algunas diferencias de este estándar de prueba en un proceso penal del sistema continental europeo como en el colombiano:

Sistema <i>Common Law</i>	Sistema Continental Europeo
<i>Beyond a Reasonable Doubt (BARD)</i> .	Conocimiento más allá de toda duda razonable. En la legislación colombiana se modificó la redacción inicial suprimiendo la palabra <i>razonable</i> .
Estándar para el jurado dictar sentencia condenatoria.	Estándar de prueba para el juez profesional dictar sentencia condenatoria vinculado con la presunción de inocencia como regla de juicio.
<i>Juez da instrucción a Jurado</i> , constituido por ciudadanos particulares, sobre el estándar de prueba.	<i>Juez profesional no recibe instrucción</i> .
El estándar tiene su origen en el Derecho jurisprudencial, a partir de 1850.	El estándar tiene su origen en la legislación por consagración expresa en los Códigos Procesales Penales contemporáneos.
En los jueces, Tribunales Federales y Corte Suprema existen diferentes interpretaciones del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable <i>Beyond a Reasonable Doubt</i> : a) entendido originalmente como certeza moral, b) como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes de la vida, c) como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar, d) como una convicción estable en la culpabilidad del acusado, e) aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón, f) como creencia altamente probable.	Disposiciones normativas vacías, que no han dotado de contenido el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable. En el caso de Colombia, no se encuentra sustento en el proyecto de ley, ni en los debates del Congreso. En el caso de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal lo ha vinculado con el necesario respeto de la presunción de inocencia y el sistema de valoración probatorio sustentado en las reglas de la sana crítica.

Sistema <i>Common Law</i>	Sistema Continental Europeo
El jurado no motiva el veredicto o decisión final de condena o absolución.	El juez profesional tiene la obligación de motivar la sentencia de condena o absolutoria.
Estándares de prueba previos: preponderancia de prueba, clara y convincente, causa probable y sospecha razonable.	Estándares de prueba previos: en el caso de Colombia, inferencia razonable (para formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento) y probabilidad de verdad (para la formulación de acusación).
El jurado no tiene el deber de exponer una valoración individual y conjunta de la prueba para sustentar cómo alcanzó el grado de conocimiento para dictar sentencia condenatoria.	El juez profesional, en aplicación de un sistema de valoración probatoria, regido por las reglas de la sana crítica, debe exponer la valoración individual y conjunta de la prueba que le permita sustentar cómo alcanzó el grado de conocimiento para dictar sentencia condenatoria.
Los jurados son llamados solo a decidir si la acusación ha logrado probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable no si el acusado es inocente*.	El juez profesional, deberá constatar a partir del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable si existe prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria o en su defecto absolver porque no se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

De esta manera, para profundizar aún más en el estándar de prueba, se hace referencia a algunos análisis que realiza la epistemóloga más importante en la contemporaneidad, Susan Haack, quien describe que en los Estados Unidos, existen varios estándares de prueba “más allá de toda duda razonable” en los procesos penales; “preponderancia de la prueba” o “más probable que su negación” en los procesos civiles ordinarios; “prueba clara y convincente” en los procesos especiales como la cesación de los derechos paterno-filiales; “sospecha razonable” o “causa probable” que se exige para un registro (Haack, 2013, p.69).

Describe la maestra Haack (2013) que al igual que el *Common Law*, en general también, estos estándares han evolucionado gradualmente y que

* “Repetimos aquí que, debido a los riesgos de confundir al jurado, las Cortes distritales deben abstenerse, siempre que ello sea posible, de emplear la comparación “culpabilidad o inocencia” al emitir sus instrucciones para el jurado”.

se sugiere que el estándar más exigente y actualmente más conocido “*más allá de toda duda razonable*” ha estado integrado al Derecho angloamericano al menos durante 700 años. Sin embargo, que la exigencia de probar más allá de la duda razonable en los casos penales data de principios de 1700, asunto que fue aclarado por el magistrado Brennan en 1970 en el caso *In re Winship* al decir que “la exigencia de que la culpabilidad de una acusación penal sea establecida más allá de toda duda razonable data al menos de nuestros primeros años como nación” (Haack, 2013).

Los estándares de prueba se ordenan desde el más exigente hasta el más débil (más allá de toda duda razonable, preponderancia de la prueba, prueba clara y convincente, sospecha razonable). Puntualmente en el proceso penal colombiano son: conocimiento más allá de toda duda razonable (para dictar sentencia condenatoria), probabilidad de verdad (para que el Fiscal pueda presentar escrito de acusación) e inferencia razonable (para que el Juez Control de Garantías pueda permitir al Fiscal la formulación de imputación, o para resolver sobre la imposición de una medida de aseguramiento, privativa o no privativa de la libertad). Sin embargo ninguno de ellos ha sido definido de manera precisa, ni como lo expresa Haack (2013) tampoco es claro, que lo ideal sería tener definiciones precisas, aun cuando las mismas serían posibles.

El análisis de los estándares de prueba es muy poco en los sistemas de tradición romano-germánica. Debe tenerse en cuenta, que hablar de estándar de prueba no significa una especie de regreso a la prueba tasada, dado que un estándar de prueba se plantea como regla de juicio en la valoración conjunta de las pruebas con el propósito de adoptar una decisión final de absolución o de condena, dependiendo si se alcanza o no el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda fijado por el legislador colombiano, así como se ha fijado en otras legislaciones como las de Panamá y Chile.

De otro lado, el estándar de prueba también implica una definición desde la política pública de un Estado en torno al beneficio de la duda que se dará a cada una de las partes implicadas y la consecuente distribución de los errores entre las partes; de allí que desde el estudio epistemológico, se propone fijar el contenido y alcance del estándar de prueba, mas no le corresponde trazar el grado mínimo de conocimiento para pronunciar una sentencia condenatoria en el proceso penal. En ese sentido, Haack (2013) comenta

(...) Y la justificación que subyace en las cargas y los estándares de prueba específicos se funda también en consideraciones políticas: más claramente, la exigencia de que un cargo penal deba ser probado por la acusación y que deba ser probado más allá de toda duda razonable, descansa en la idea de que es mucho peor condenar a alguien por un crimen que no cometió que absolver a alguien por un crimen que sí cometió.

En esa medida, se observó cómo desde el legislador colombiano se fijó un estándar de prueba bastante exigente en el proceso penal, siguiendo el ejemplo del Derecho anglosajón que desde su práctica ha diseñado varios estándares de prueba y específicamente en el proceso penal el conocido *beyond a reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable).

Nos recuerda Jordi Ferrer, que son tres los momentos fundamentales en el proceso de toma de decisiones sobre los hechos en el proceso judicial, lógicamente distintivos y sucesivos: a) *La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas*, en el que resulta esencial la comprensión de los filtros para la admisión de las pruebas, entre ellas las reglas jurídicas de exclusión; b) *la valoración de los elementos de juicio o pruebas*, cuando se adopta un sistema de libre valoración de la prueba, deberá valorarse cada una de ellas y el apoyo que aporta a las hipótesis en conflicto de forma individual y conjunta; c) *La adopción de la decisión sobre los hechos probados*, específica-

mente en el ámbito penal se orienta por el estándar de prueba que exige que la hipótesis acusatoria esté confirmada más allá de toda duda razonable para dictar sentencia condenatoria, fijación del grado de conocimiento que traza el legislador y que se realiza en atención a los valores que están en juego en el proceso penal en especial la libertad y la presunción de inocencia (Ferrer Beltrán, 2013, pp.24-28).

En el caso de *Chile*, su Código Procesal Penal, establece en el artículo 340 “convicción del tribunal”, que nadie podrá ser condenado por delito, sino

(...) cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

En cuanto al contenido de la sentencia, detalla el artículo 342 de la citada legislación chilena, que la sentencia definitiva debe contener: a) la mención del tribunal, fecha, identificación del acusado y acusadores; b) enunciación breve de los hechos; c) exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaron dichas conclusiones; d) las razones legales y doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y para fundar el fallo; e) la resolución de condena o absolución, para cada uno de los acusados y por cada uno de los delitos.

De gran importancia resulta el contenido del artículo 297 del Código Procesal chileno, que con relación a la valoración de la prueba establece que los jueces apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Incluso detalla que el fallador deberá fundamentar toda la prueba producida, incluida aquella desestimada, indicando las razones para hacerlo. Concluye la norma diciendo:

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

En la experiencia de Panamá, se lee en el artículo 380 del Código Procesal Penal que los jueces deben apreciar o valorar cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica, precisando que dicha valoración no puede contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos, así como que el Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba practicada. Dado que en su legislación, se reglamenta el juicio por jurados, se define que en este caso, los jurados apreciarán las pruebas de acuerdo con su íntima convicción.

De manera similar a la regulación de Chile, el artículo 427 de la legislación penal procesal de Panamá, regula el contenido de la sentencia: a) mención del tribunal y de las partes; b) enunciación de los hechos y de las circunstancias objeto de acusación; c) determinación precisa de los hechos y circunstancias que el Tribunal estima acreditados; d) la valoración de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones según las reglas de la sana crítica; e) las razones legales o doctrinales que sirven para

calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias acreditados; f) la decisión de absolver o condenar a cada uno de los acusados y por cada uno de los delitos; g) la decisión condenatoria fijará motivadamente las sanciones que correspondan y su modalidad de ejecución.

En las legislaciones de Latinoamérica (Panamá, Chile y Colombia) que fijan el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable para dictar sentencia condenatoria, nada se dice sobre las reglas que regulan el momento de la adopción de la decisión de los hechos probados; de manera vaga o genérica se relaciona el mismo sin dotarlo de ningún contenido que permita delimitar sus fronteras.

En el momento de la valoración de la prueba, en un sistema continental, el juez profesional deberá evaluar cuál hipótesis de las diversas en conflicto en el proceso, tiene un alto grado de contrastación; así para llegar a la conclusión que atribuye a una de las hipótesis la categoría de hecho probado, es importante delimitar el contenido de ese criterio que nos indica a partir de qué nivel se va a considerar probada la hipótesis más allá de toda duda razonable; al respecto señala claramente Ferrer:

(...) el problema en los sistemas de *civil law* respecto de los estándares de prueba es el mismo: su práctica inexistencia. Tomemos como ejemplo el proceso penal: la tradicional apelación a la íntima convicción o la progresiva incorporación (por vía legislativa o jurisprudencial) del “más allá de toda razonable” propio de los sistemas anglosajones (McCormick, 1954, pp.449-554) a los sistemas continentales, no satisface las necesidades en absoluto, puesto que deja la decisión en manos de la subjetividad del decisor y no permite ningún control intersubjetivo” (Ferrer Beltrán, 2013, p.35).

A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El estándar de prueba del proceso penal “conocimiento más allá de

toda duda razonable” tiene su antecedente en el proceso penal inglés y es la regla fundamental en el proceso penal norteamericano, con tendencia de aplicación en ordenamientos propios del Derecho continental. Una de las razones de la adopción del estándar de “conocimiento más allá de toda duda razonable” es de naturaleza ético-política, para procurar que el juez penal pueda condenar al acusado solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de su culpabilidad; significando con ello que el acusado tendrá que ser absuelto cuando sobre su culpabilidad resulte una duda razonable sobre su eventual inocencia.

2. Existen discusiones sobre la subjetividad u objetividad de este estándar de prueba que parten del estudio de la filosofía, la epistemología, la teoría del Derecho y la teoría del proceso. Esta discusión invita a comprender el origen del estándar de prueba de “conocimiento más allá de toda duda” en el Derecho jurisprudencial del sistema anglosajón, en contraste con su inclusión en el Derecho legislado del sistema continental europeo –a través de la regulación en Códigos Procesales Penales–.
3. Desde el origen del Derecho jurisprudencial, este estándar de prueba ha tenido varias interpretaciones e instrucciones para los jurados, partiendo de un entendimiento de las propias creencias que se consideran apropiadas para la toma de una decisión importante de la vida, como el tipo de duda que haría a una persona prudente vacilar en su actuar, como una convicción estable en la culpabilidad del acusado, e incluso como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón, hasta llegar a su asimilación con una creencia altamente probable.
4. Aunque el origen del estándar, en su denominación precisa y exacta incluye el concepto de “razonabilidad”, por desconocimiento del legislador colombiano se modificó la redacción original para el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004– para consagrar que el grado de conocimiento que se exige para dictar sentencia condenatoria es de “conocimiento más allá de toda duda”.

5. Debe tenerse en cuenta que la incorporación del estándar en la legislación procesal penal colombiana invita a hacer un contraste a partir de su origen en el sistema anglosajón. En ese sentido se evidencia que su aplicación en nuestro sistema implica que: a) su aplicación se realice por un juez profesional; b) el juez no recibe instrucción sobre el contenido del estándar, ni la norma lo define; c) la norma que regula el estándar es una disposición vacía y que debe ser dotada de contenido; d) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal lo ha vinculado con el necesario respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio y el sistema de valoración probatorio sustentado en las reglas de la sana crítica; e) el juez profesional tiene la obligación de argumentar la sentencia de condena o absolutoria; de allí que deba realizar una argumentación probatoria, que dé cuenta del grado de conocimiento alcanzado para condenar al acusado; f) el juez profesional, en aplicación de un sistema de valoración probatoria, regido por las reglas de la sana crítica, debe exponer la valoración individual y conjunta de la prueba que le permita sustentar cómo alcanzó el grado de conocimiento para dictar sentencia condenatoria; g) el juez profesional deberá constatar a partir del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda razonable si existe prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria o en su defecto absolver porque no se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional de Panamá (2008). Ley 63. Que adopta el Código Procesal Penal. Ciudad de Panamá, Panamá.
- Congreso de Colombia (2004). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Colombia.
- Congreso Nacional de Chile (2000). Ley 19696. Establece Código Procesal Penal. Santiago de Chile, Chile.

- Fernández López, M. (20 de marzo de 2015). *Universitat de València*. Obtenido de <http://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf>
- Ferrer Beltrán, J. (2005). Racionalidad y estándares de prueba. Presentación. *Doxa*, (28), 93-94.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En VV.AA., *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp.21-40). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón de Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, (28), 127-139.
- Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica. En VV.AA., *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp.65-99). Madrid: Marcial Pons.
- Igartua Salaverria, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa*, (28), 141-150.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, (28), 95-113.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (traducción de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa*, (28), 115-126.
- www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/medidasdeaseguramiento.doc. abril 15 de 2008

CAPÍTULO VI

Actuaciones del Juez de Control de Garantías Respecto de la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva

*ALEX DEL VILLAR DELGADO**

* Abogado, Especialista en Derecho Procesal, Magíster en Derecho Procesal. Docente investigador del Grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar. Juez 5 Civil Municipal de Barranquilla. juez2@hotmail.com

Este capítulo plasma los resultados encontrados en atención al objetivo específico:

- Identificar el tratamiento que los jueces con función de control de garantías del distrito de Barranquilla-Atlántico, dan a la figura de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como juicio de responsabilidad provisional y anticipado en comparación con el principio de presunción de inocencia y el derecho fundamental de la libertad.

Parte de la hipótesis que en la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, los jueces con funciones de control de garantías de la ciudad de Barranquilla-Atlántico emiten un juicio provisional y anticipado de responsabilidad penal, que afecta el principio de presunción de inocencia y el derecho fundamental a la libertad.

La problemática objeto de estudio ha sido abordada por el profesor Alejandro Aponte Cardona cuando indica, categóricamente, refiriéndose a las funciones del Juez de Control de Garantías que “existe un presupuesto general que condiciona la actuación del Juez de Control de Garantías: en los eventos en que este interviene no se discute la responsabilidad penal. El Juez de Control de Garantías no es un Juez de Conocimiento” (Aponte, 2006, p.39). Afirmación que si bien es cierto encuentra un sustento normativo, el grupo estima que al dejar de lado el estudio de la responsabilidad penal por parte del Juez Penal de Control de Garantías se abre una puerta fácil para la afectación del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia.

La discusión con relación a los presupuestos que debe analizar ese juez al momento de la restricción excepcional de la libertad, tan solo toca los aspectos formales, legales y los fines constitucionales de la medida, pero

como dice el mencionado tratadista, quedan vetados, inexplicablemente, los temas de la responsabilidad, justificando tal postura en el hecho de que la medida de aseguramiento cumple un fin “de carácter preventivo procesal o de aseguramiento de la comparecencia, no están relacionados con los fines de la pena” (Aponte, 2006, p.51), rematando el profesor Aponte, que si “el Juez de Control de Garantías no hace juicio de responsabilidad penal, las medidas de aseguramiento no cumplen las funciones de la pena, que corresponden al ámbito de la punibilidad, que es posterior al juicio final de responsabilidad” (Aponte, 2006, p.51), no obstante que se reconoce como fin de la medida de seguridad, no solo el de la comparecencia, conservación de la prueba, sino, también, el de la “protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (Acto Legislativo 03 de 2002-Art. 2), los que a juicio de este tratadista no comportan prevención general o especial ni mucho menos reinserción social.

En documento elaborado por los jueces y fiscales con ocasión de los denominados “Conversatorios Interinstitucionales”, en reunión del 8 de marzo de 2005, tratando el tema de las medidas de aseguramiento, con base en la ponencia elaborada por el Dr. Carlos Alberto Moreno Arboleda, se consideró que como “las medidas de aseguramiento son especialmente de carácter procesal*, allí no se pueden anticipar de fondo problemas de responsabilidad, y muchísimo menos pensar que las mismas tengan funciones de prevención general o especial, pues eso sería confundir la medida con los fines de la pena”.

La medida de aseguramiento no es una pena. Ese texto recoge el pensamiento del doctor Ramiro Marín, Fiscal Delegado ante la Corte, quien refiriéndose al tema de la audiencia preliminar de imposición de medida de asegura-

* Contrariamente a esta opinión institucional hay una corriente que considera a la detención preventiva como una condena anticipada. Ver estudio de los criminólogos y penalistas Elías Carranza y Eugenio Raúl Zaffaroni. “Preso sin condena en América Latina”. www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_32.htm

miento, considera que la responsabilidad “no es el objeto de esa audiencia preliminar”, que ello podría vulnerar el debido proceso al imputado.

Los fiscales que asistieron a esa reunión, no obstante al considerar que se debe ser muy cuidadoso en esas audiencias para evitar adelantar un mini-juicio, por lo que el juez debe restringirlo a la acreditación material de la conducta; sin embargo dejan planteado interrogantes complejos:

¿qué sucede si de las pruebas que se practiquen en dicha audiencia se puede inferir de forma clara y contundente una causal de justificación como es la legítima defensa? Agrega el ente acusador que al reducir en forma severa el tema de la autoría o coparticipación, se podría estar vulnerando la dignidad de la persona, puesto que nuestro Derecho Penal es de acto y de culpabilidad, y en este sentido al juez le corresponde ser muy cauto en la discusión probatoria y en la argumentación sobre la imposición o no de la medida de aseguramiento (www.ramajudicial.gov.co).

Un tercer referente, sería la amplia jurisprudencia que con ocasión de la Ley 906 de 2004 ha proferido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, la primera se pronunció en la Sentencia C-591/05, refiriéndose a varios artículos, destacando el 331, por cuanto abordó el tema de la extinción de la acción penal dictada por el fiscal; consideró que la Fiscalía no puede decretar con efecto de cosa juzgada la extinción de la acción penal, pues comporta una medida preclusiva, y cuyas causales no son meramente objetivas o automáticas, sino que requieren de una valoración ponderada, y ese acto es atribuible al Juez de Conocimiento.

En este sentido, también, se pronunció sobre el artículo 302 relacionado con el procedimiento de captura en caso de flagrancia, hallándolo constitucional por el cargo analizado, bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la

medida de aseguramiento, y si el acto de aprehensión fue ilegal, mas no evaluar si se cumplen los requisitos del artículo 308 *ibídem*.

Un cuarto referente, sería la Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra de varios artículos de la Ley 906 de 2004, entre ellos, el artículo 79, que trata sobre el archivo de las diligencias y el artículo 306 relacionado con la evaluación y contradicción de los elementos de conocimiento para dictar medida de aseguramiento.

En relación con lo primero se destaca que esta decisión no está sometida al Juez de Control de Garantías, que supone “la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir, la falta de caracterización de una conducta como delito”. Que son estos presupuestos objetivos mínimos los que el fiscal debe verificar, y corresponden a la tipicidad de la acción o elementos objetivos del tipo.

En la jurisprudencia arriba citada considera la Corte que: “Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo” pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado” (Roxin, 1999, p.304). Son en los anteriores eventos en que el fiscal está facultado para archivar. La Corte resalta que la actividad del fiscal se restringe a los elementos objetivos del tipo.

De otra parte cabe resaltar el artículo 7 (presunción de inocencia, *in dubio pro reo*) de la Ley 906 de 2004, el cual no limita su operatividad al juicio; el equipo investigador considera que de la mano de ese principio rector, estimado como un derecho humano en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la responsabilidad penal no puede ser excluida del contradictorio que tenga lugar en la audiencia de formulación de medida de aseguramiento.

En efecto, es la misma Corte la que establece que el tema de la responsabilidad en la etapa de la investigación es relevante, por lo que se debe interpretar correctamente el sentido de la decisión C-1154 de 2005, que ha dado lugar a unas equivocadas interpretaciones y decisiones con lo que pretende que la responsabilidad penal es exclusivamente privativa del juicio.

El artículo 308 establece los requisitos para la medida de aseguramiento; contempla que a ella accederá el Juez de Control de Garantías cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. La medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2. El imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y 3. Resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Esta norma no ha sido objeto, hasta el momento, de control constitucional material, pues por ineptitud de demanda no fue objeto de pronunciamiento de fondo en la C-1154-05, y por tanto, mirada sistemáticamente, el debate consiste en reparar los alcances o entendimiento de cuándo el imputado es autor o partícipe de una conducta delictiva.

Igualmente de este debate jurídico participa el profesor Óscar Julián Guerrero Peralta, quien refiriéndose a la labor del Juez de Control de Garantías en los allanamientos, conceptúa que en ejercicio de las garantías de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, le corresponde verificar si de la narración de los hechos que hace el Fiscal se encuadra la posible configuración de una causal de justificación o inculpabilidad, según la Corte Constitucional; tales categorías son “componentes del derecho

fundamental al debido proceso” (Guerrero, 2007, p.522); y de igual modo se recuerda el papel que cumple el Juez de Conocimiento ante la posibilidad de rechazar “el allanamiento a la imputación o el acuerdo bajo los presupuestos que no existe base fáctica para condenar o el imputado ha obrado bajo una causal de exclusión de la responsabilidad penal” (Guerrero, 2007, p.527).

Si ese análisis es válido o viable en materia de allanamiento, no menos cierto resulta, en nuestro criterio, hacerlo extensivo cuando se trate de la afectación de un derecho fundamental como la libertad, si el Juez de Control de Garantías se apresta a imponer medida de aseguramiento, pues en tal situación el análisis no puede reducirse única y exclusivamente a algunos elementos objetivos del tipo y, mucho más, excluyendo, los aspectos negativos de la responsabilidad, o su ausencia.

Finalmente, como referente ineludible en este debate acerca de la responsabilidad como factor que debe considerar el Juez de Control de Garantías, específicamente, para imponer o no una medida de aseguramiento o para acceder a su revocatoria, de cara a la Ley 906 de 2004, debe recordarse el pronunciamiento público del entonces Fiscal General de la Nación, doctor Mario Iguarán respecto del guerrillero que mató a “Iván Ríos”: “Un miedo insuperable o un error invencible o un estado de necesidad excluyente son causales que podrían exonerarlo de responsabilidad” (www.eltiempo.com). Si bien no estamos de acuerdo con esa apreciación, ni la forma en que la institucionalidad lo ha concebido, no deja de sorprender que en este caso en donde existen inocultables intereses políticos gubernamentales, los eximentes de responsabilidad sí interesan para exonerar de responsabilidad a quien ha cometido un asesinato, inclusive, sin que se hubiese abierto formalmente un proceso, y dicho por quien tiene a su cargo la titularidad de la acción penal en Colombia.

Las relaciones e incidencia que tiene la responsabilidad penal, su ausen-

cia, y procedencia en los distintos momentos previos al juicio oral, por ejemplo en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento y de manera específica frente a la definición de la situación jurídica de un ciudadano en el contexto de la Ley 906 de 2004 son esenciales e ineludibles dentro de la actual dogmática penal y procesal penal. Estas vinculaciones necesariamente tienen como marco de referencia la Constitución Nacional. En efecto, señala el profesor Fernando Velásquez Velásquez, que el Derecho Penal solo puede castigar comportamientos humanos, con lo cual la noción de conducta (90-2 CN) es la piedra angular de toda la construcción del delito (Velásquez, 2002, p.220), del cual emerge el Derecho Penal de acto en Colombia, que reafirma el Acto Legislativo 03 de 2002, cuando dispone como obligación al ente persecutor de la acción penal, “realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”.

De esa constitucionalización del Derecho Penal, surgen otras categorías dogmáticas, anota el profesor Velásquez, como la de la sociabilidad, pues en un Estado Social, solo pueden considerarse para el Derecho Penal comportamientos con relevancia general para asegurar la convivencia. De igual modo de la forma de organización política “de derecho”, “democrática”, “participativa y pluralista”, el Derecho Penal solo puede regular conductas externas del hombre como ser dotado de racionalidad, guiadas por la voluntad hacia una determinada finalidad, acorde con el manejo de su conocimiento casual, integrando los conceptos de causalidad y finalidad (Velásquez, 2002, p.221).

El concepto de responsabilidad (principio de acto) tiene referentes en el artículo 6° de la CN, al igual que en el 29-2 en armonía con las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, que deben leerse en clave con el Acto Legislativo 03 de 2002, por lo que una teoría del delito en Colombia tiene que abreviar en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos por remisiones de la Carta Política.

De lo anterior se colige que el concepto de responsabilidad penal tiene sustento constitucional, y la Ley Penal (599 de 2000) desarrolla ampliamente sus componentes, y por ello, pretendemos demostrar que no es excluyente su consideración en ninguna etapa procesal prevista en la Ley 906 de 2004, y más aún cuando corresponde determinar la afectación de la libertad, pues al ciudadano vinculado le acompaña la presunción de inocencia (Art. 14-2 PIDCP, Art. 8-2 CADH y Art. 29 CN) considerada como derecho fundamental de prelación y aplicación inmediata (214-2 CN), inviolable (Art. 5 CN), prevaleciendo sustancialmente (228 *ib.*), que “opera en relación con todos los elementos del delito” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de abril de 2008).

El tratadista español Cerezo Mir considera que la responsabilidad penal tiene sustento y soporte en la capacidad humana para orientar su comportamiento, facultad que fundamenta la exigencia de una autoconducción según las reglas de la convivencia social (Cerezo, 1997, pp.28, 40, 41).

Estos conceptos nos llevan a considerar la necesidad de la función de la teoría del delito en el marco de los parámetros para que un determinado comportamiento sea delictivo, y las “circunstancias objetivas o subjetivas que excluyen la responsabilidad” (Bacigalupo, 1983, p.37).

Sobre esa importancia, anota el profesor Zaffaroni, que aquella contribuye a crear un sistema de aplicación de la ley que se constituye en dique o barrera de contención contra los abusos del poder estatal (Zaffaroni, p. 360).

No obstante el concepto legal de delito no es uniformemente avalado en la doctrina, existe una amplia aceptación tradicional que lo concibe tripartitamente –sistema Liszt-Beling–, como una conducta típica y antijurídica

culpable*. El profesor Gómez López, analizando la actual normatividad penal, considera que es posible construir un esquema bipartito del delito, conformado por el injusto penal y la culpabilidad (Gómez, 2003, pp.72-73).

Las anteriores referencias denotan que estos componentes del delito no pueden estar ausentes a la hora de la imposición de una medida de aseguramiento, en donde puedan ser predicables algunas de las causales de ausencia de responsabilidad.

Como desde el estado del arte de la presente investigación, surge un debate en relación con lo que se debe entender por elementos objetivos del tipo, y visto que no hay unanimidad en la doctrina, a manera de ilustración, se presentan las visiones de algunos tratadistas en relación con esta temática:

El profesor Manuel Salvador Grosso García (2007, pp.171, 172), de manera puntual, refiriéndose a los elementos del tipo objetivo señala:

Existe acuerdo casi unánime en la doctrina, en cuanto a cuáles son los elementos estructurales del tipo penal, entendido este en un sentido restringido como tipo legal; los elementos básicos estructurales del tipo objetivo son la conducta, en su parte objetiva y subjetiva; los sujetos: activo y pasivo; los objetos: material y jurídico (Mir Puig, 2010, pp.196 y ss.); y los denominados por algunos, ingredientes especiales: descriptivos, norma-

* Sobre esquemas de la teoría del delito, Ver Graf Zu Dohna, A. (1958). *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; Agudelo Betancour, N. (1993). *Curso de Derecho Penal. Esquema del delito*. Bogotá; Bacigalupo, E. (1974). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Astrea; Muñoz Conde, F. (1984). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Ed. Temis. Bustos Ramírez, J. & Hormazabal M., H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Tomos I, II. Madrid: Ed. Trotta; Mancilla Ovando, J. A. (1994). *Teoría legalista del delito*. México: Ed. Porrúa S.A.; Ferreira Delgado, F. (1984). *Teoría general del delito*. Ed. Temis; Cadavid Quintero, A. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Ed. Dike; Sánchez Herrera, E. M. (2000). *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez; Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Ed. Temis.

tivos y subjetivos*. Por lo tanto, en un sentido restringido podría decirse que esas son las características básicas estructurales sobre las cuales debe existir una clara e inequívoca definición en el tipo penal. Ello podría acusarse de exagerado simplismo y quizás de indeterminación. En el delito concurren otra serie de elementos estructurales que no necesariamente se encuentran abarcados por los del tipo objetivo. Así, por ejemplo, la tentativa y la participación, el error y las justificantes, etc., ¿no deben estos elementos acaso estar abarcados también por la definición legal y en consecuencia ser parte de la exigencia de tipicidad?

Todo ello depende, como ya se señaló, del alcance que se le dé al concepto tipo penal. Resulta obvio que si se asume otro punto de vista, las cosas pueden cambiar. En un concepto amplio de tipo penal que incluya no solo la definición legal sino, además, el tipo total, los elementos básicos estructurales no serían ya tan solo los elementos del tipo objetivo, sino que ellos introducirían mucho más. Una concepción de esta naturaleza incluiría como características estructurales del tipo tanto el tipo de prohibición como el permisivo (Fernández, 1989, pp.118-130 y 322), el de autoría y el de participación, el de consumación y el de tentativa, el objetivo y subjetivo, el de acción y el de omisión. Es decir que, en un sentido amplio, la tipicidad abarcaría todas las formas y modalidades posibles de ejecución de la conducta, las justificantes y las exculpantes, y todas ellas integrarían, junto con la descripción objetiva de la parte especial, el tipo total de delito, o tipo del delito.

El que se asuma una u otra postura, depende de la función que se le asigne a la tipicidad y del momento en que cada una de ellas se privilegie. Suele ser común asignarle a la tipicidad una gran variedad de funciones dentro

* Paradigmático entre nosotros Reyes Echandía, *Tipicidad*, ed. cit., pp.88 y ss. Se ocupa recientemente de esto, Jorge Enrique Valencia Martínez, “Una aproximación al estudio de la clasificación de los tipos penales y otros temas de la parte objetiva del delito”, en *Dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Ed. Legis, pp.590 y ss.

del Derecho Penal y la dogmática de la teoría del delito (Reyes Echandía, 1997, pp.13 y 22). Si la tipicidad es considerada en un sentido puramente técnico-jurídico y se le asignan tan solo las funciones de definición, clasificación y sistematización (Fernández, 1989, pp.31 y ss.), entonces cabría decir que con la sola definición del tipo objetivo en la parte especial sería suficiente para cumplir con estas funciones, y en consecuencia las exigencias del principio de tipicidad podrían válidamente circunscribirse a la definición del tipo legal. Por el contrario, si a la tipicidad se le asignan unas funciones políticas más amplias de garantía (Reyes, 1997; Fernández, 1989 & Velásquez, 1994, p. 316), seguridad jurídica y fundamentación, entonces las exigencias de definición legal se hacen mucho mayores y en consecuencia todos y cada uno de los aspectos que atañen a la configuración del delito deben ser objeto de definición legal, por cuanto todos y cada uno de ellos serían características básicas estructurales del tipo penal.

Para el profesor Jesús Orlando Gómez López (2003, p.213), la parte objetiva del tipo está integrada por los siguientes elementos necesarios:

El tipo penal positivo se encuentra conformado (Pabón, en Gómez López, 1999, pp.97 y ss.) en su estructura objetiva por elementos necesarios o esenciales propios de todos los tipos, que básicamente son: a) el autor que puede ser simple o calificado; b) la parte externa del acto; c) el resultado típico (lesión o peligro de lesión al bien jurídico); y d) por la relación causal y la imputación jurídica del resultado (Rodríguez, en Gómez López, 2003, p.416). Esta parte del tipo llamada en la doctrina alemana como tipo objetivo (Mauracha en Gómez López, 2003, p.286), debe ser incluida en el dolo realizador para que pueda darse una perfecta adecuación típica. Algunos tipos pueden contener elementos objetivos complejos, condiciones de tiempo, modo, lugar, especiales formas de actuación, e inclusive medios especiales de ejecución, o aun particulares elementos normativos (Maurach, Gimbernat, Quintaro Olivares en Gómez López, 2003, p.539).

Pero lo nuclear en la parte objetiva del tipo será la exteriorización de la

voluntad en un comportamiento que afecta el bien tutelado en la norma; sin exteriorización de la voluntad no hay acto penalmente relevante, lo mismo que sin afectación de un bien jurídico, pues el tipo no define simplemente un acto como delito, sino el acto en cuanto lesiona o pone en efectivo peligro el bien que la norma busca proteger de lesiones. Cuando el tipo penal toma más en cuenta el daño producido al bien, se habla de tipos de resultado o de daño; en cambio cuando se da relevancia al simple peligro de daño se habla de tipos de peligro, pero en ambos casos existe un resultado que se concreta en la afectación al bien jurídico.

Indudablemente que siendo la afectación del bien jurídico (lesión o peligro de lesión) el núcleo del tipo objetivo, ese resultado debe serle atribuible como obra al autor, por lo mismo debe existir un nexo de imputación jurídica de ese resultado al autor.

El tema de la responsabilidad penal asoma a esta investigación con carácter indiscutible habida cuenta que la afirmación que se hace de la libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal tiene desarrollo extenso en principios rectores y en el artículo 295 titulado afirmación de la libertad, procediendo su restricción con un carácter excepcional. La ley penal, que consagra la responsabilidad penal, en este sentido debe asumirse como garantía de la libertad y la seguridad individual, que tienen por objeto poner “tope al poder punitivo que el Estado ejerce por medio de sus fuerzas” (Fernández, 1989).

Las medidas de aseguramiento en la nueva codificación procesal penal aparecen consagradas en los artículos 306 al 315, y su imposición comporta tres factores, a saber: el fáctico (308), el legal (313) y el constitucional (309, 310 y 311). En la Sentencia C-456/06, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte al estudiar el tema de las medidas de aseguramiento, consideró que tenían carácter cautelar, debiendo ser ordenadas por el Juez de Control de Garantías. Al referirse a sus finalidades se remite a la Sentencia C-774 de 2001, destacando entre ellas: la de asegurar la comparecencia al

proceso de los presuntos infractores, la efectividad de la eventual sanción, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, la que debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana. En relación con las exigencias de tipo fáctico, la Corte Constitucional se remite, nuevamente, a la C-774 de 2001 y C-805 de 2002, aduciendo manifiestamente que esas consideraciones se aplican al nuevo sistema acusatorio, así:

En la Sentencia C-774 de 2001 se aseguró que:

estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad (Art. 388 del CPP) o de dos indicios graves de responsabilidad (Art. 356 del nuevo CPP), con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

Por su parte en la Sentencia C-805 de 2002, en la que se precisaron los alcances del control judicial de la medida de aseguramiento privativo de la libertad, en el sistema anterior, así:

“cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva. Es decir: i) Orden escrita de autoridad judicial competente; ii) Adopción de la medida con base en las formalidades legales; y iii) Motivos previamente fundados en la ley. De acuerdo con la Carta, la detención preventiva solo procede en los casos taxativamente señalados en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley. Por ende, la inobservancia del debido proceso en lo que respecta a la restricción de la libertad personal, quebranta la Carta Política y da lugar al control de legalidad de las medidas de aseguramiento.

Cuando se examina la legalidad material, el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida.

El primero es

la necesidad de la medida de aseguramiento. En efecto, repugna al Estado Social de Derecho, al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, así como a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando no es necesario. Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del Fiscal.

Con fundamento en las decisiones transcritas, podemos concluir que en la Ley 906 de 2004 se incorporan unas exigencias adicionales para la adopción de las medidas de aseguramiento, como son los criterios de necesidad constitucional, pero en manera alguna, ello significa que quede relevado el estudio de los presupuestos legales y probatorios de la medida, es decir, los requisitos formales y sustanciales, pues ante la ausencia de estos, no procedería el estudio de los fines constitucionales de la medida. En consecuencia, es un presupuesto de garantía política considerar, no solo para acceder o no a la medida de aseguramiento que solicita en su oportunidad la Fiscalía sino en los distintos momentos previos al juicio oral, el tema de la responsabilidad penal y su ausencia, como situaciones o condiciones normativas necesarias, como lo ha puntualizado recientemente la Corte Suprema de Justicia, al precisar que por la atipicidad de un comportamiento no debió ni siquiera impartirse legalidad a la captura (2ª instancia. No. 28908 M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Febrero 8 de 2008).

Por manera que en la indagación y en la investigación no están excluidos los temas de la responsabilidad penal, al igual que la presunción de inocencia como derecho fundamental. Nada más alejado a la realidad que estas posturas. Por ello consideramos que estos fenómenos son de ineludible

obligación por parte de los operadores del sistema a la hora de peticionar o adoptar decisiones que comprometan, en una evaluación paralela, la responsabilidad penal y su ausencia, pues por virtud del artículo 29 de la Constitución, es obligatorio la consideración del principio de legalidad, lo mismo que el Derecho Penal de acto que nutren e irradian todos los estadios procesales, y por supuesto, los previos al juicio oral conforme al nuevo diseño procesal.

RESULTADOS EN EL ESTUDIO

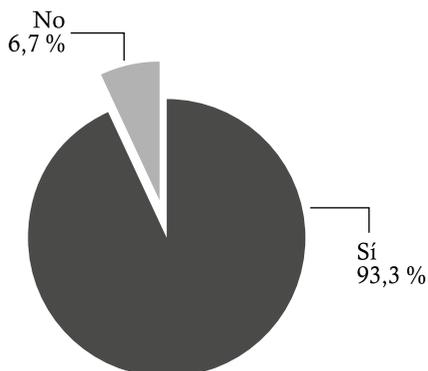
Con respecto al cuarto objetivo: Identificar el tratamiento que los jueces con función de control de garantías del distrito de Barranquilla-Atlántico, dan a la figura de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como juicio de responsabilidad provisional y anticipado en comparación con el principio de presunción de inocencia, y el derecho fundamental de la libertad, el cual fue alcanzado a través del análisis de audios contentivos de audiencia preliminar, de imposición de medida de aseguramiento celebrada por el delito de homicidio. De acuerdo a la información suministrada por el doctor Samuel Bocanegra, coordinador del Centro de Servicios del Sistema Penal Oral Acusatorio, se realizaron 30 audiencias en el último trimestre del año 2010 en el distrito judicial de Barranquilla por el delito de homicidio, consecuente con ello se hizo entrega de un CD que contenía 30 audios, los cuales fueron escuchados en su totalidad.

La información fue recolectada en un instrumento de análisis de audiencias que inicialmente incluía información relacionada con los argumentos tanto de la Fiscalía como de la defensa en el desarrollo de la audiencia, pero luego de una discusión al interior del grupo antes de la aplicación del instrumento se reflexionó sobre la irrelevancia de analizar tales argumentos puesto que el objetivo específico se centra en torno a los argumentos expuestos por el Juez de Control de Garantías; ello generó la supresión de estos ítems en el instrumento, el cual finalmente quedó diseñado en dos partes: una genérica que contiene los datos básicos tales como identi-

ficación del Despacho, fecha de audiencia, duración de la misma, tipo de homicidio y una segunda parte relacionada con el tratamiento que el Juez de Control de Garantías da a la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al momento de decidir sobre la imposición como juicio provisional y anticipado de responsabilidad penal; vale decir en lo que tiene que ver con la responsabilidad objetiva o subjetiva al igual que el análisis sobre presunción de inocencia y derecho a la libertad.

Decisión del Juez con Función de Control de Garantías	
1. El Juez Impuso Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad	
	Respuesta
Sí	28
No	2
Total Instrumentos Aplicados	30
1. El Juez Impuso Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad	
	Porcentaje
Sí	93,3 %
No	6,7 %
Porcentaje Total	100 %

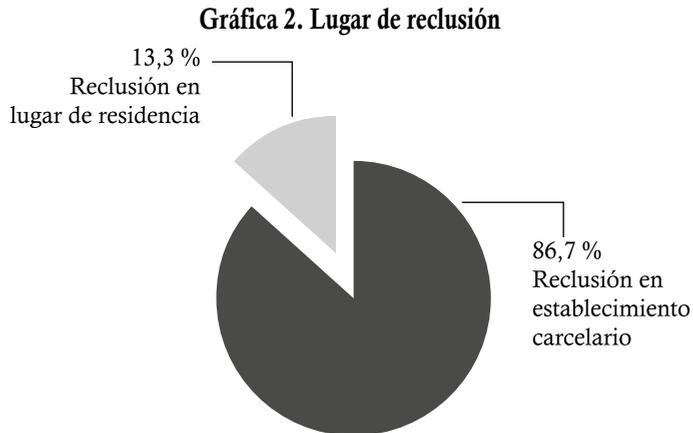
Gráfica 1. Imposición medida de aseguramiento privativa de la libertad



En esta gráfica se puede observar que en el 93,3 % de los casos de homicidio en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento realizada, el Juez de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad. De los 30 instrumentos analizados, en 28 casos se impuso la medida y en 2 no.

2. La Medida Privativa de la Libertad Consistió en:	
	Respuesta
Reclusión en Establecimiento Carcelario	26
Reclusión en Lugar de Residencia	4
Total Instrumentos Aplicados	30

2. La Medida Privativa de la Libertad Consistió en:	
	Porcentaje
Reclusión en Establecimiento Carcelario	86,7 %
Reclusión en Lugar de Residencia	13,3 %
Porcentaje Total	100,0 %

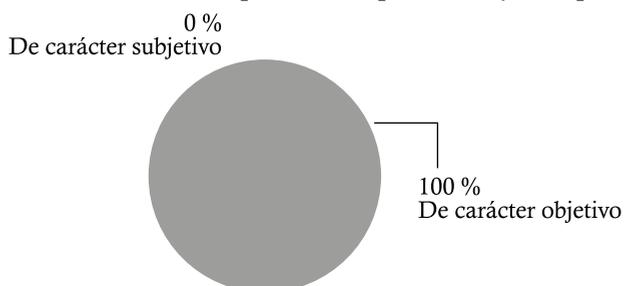


En esta gráfica se puede observar que en el 86,7 % de los casos examinados, el Juez de Control de Garantías decidió imponer medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. Lo que quiere decir que solo en cuatro casos, que equivalen al restante 13,3 % lo hizo en lugar de residencia del imputado.

3. Realizó el Juez un Juicio de Responsabilidad Provisional y Anticipado al Momento de Imponer la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en Establecimiento Carcelario	
	Respuesta
De Carácter Subjetivo	0
De Carácter Objetivo	30
Total Instrumentos Aplicados	30

3. Realizó el Juez un Juicio de Responsabilidad Provisional y Anticipado al Momento de Imponer la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en Establecimiento Carcelario	
	Porcentaje
De Carácter Subjetivo	0 %
De Carácter Objetivo	100 %
Porcentaje Total	100 %

Gráfica 3. Juicio de responsabilidad provisional y anticipado

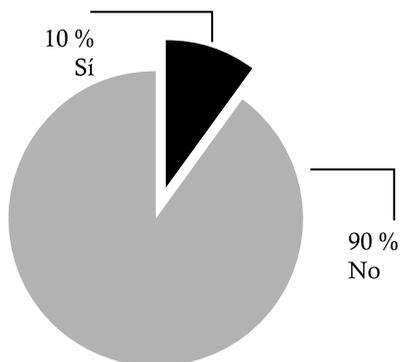


Esta gráfica permite identificar que en el 100 % de los casos examinados, el Juez de Control de Garantías en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento hace un juicio objetivo de responsabilidad penal y en ninguno de los casos lo hizo de manera subjetiva.

4. El Juez Hizo Referencia al Principio de la Presunción de Inocencia para Decidir sobre la Imposición de la Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad	
	Respuesta
Sí	3
No	27
Total Instrumentos Aplicados	30

4. El Juez Hizo Referencia al Principio de la Presunción de Inocencia para Decidir sobre la Imposición de la Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad	
	Porcentaje
Sí	10 %
No	90 %
Porcentaje Total	100 %

Gráfica 4. Presunción de inocencia



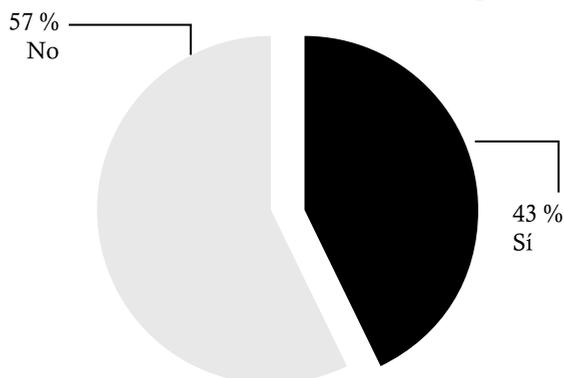
Esta gráfica explica que en el 90 % de los casos examinados los jueces de control de garantías en el momento de decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento no hacen un análisis sobre el principio de presunción de inocencia, en el 10 % de los casos lo hicieron someramente.

5. El Juez Hizo un Análisis del Derecho Fundamental a la Libertad Personal para Decidir sobre la Imposición de la Medida de Aseguramiento	
	Respuesta
Sí	13
No	17
Total Instrumentos Aplicados	30

5. El Juez Hizo un Análisis del Derecho Fundamental a la Libertad Personal para Decidir sobre la Imposición de la Medida de Aseguramiento	
	Porcentaje
Sí	43 %
No	57 %
Porcentaje Total	100 %

Esta gráfica refleja que en el 57 % de los casos analizados los jueces de control de garantías no hacen un estudio profundo del derecho a la libertad y en un 43% de los casos sí lo hacen, pero someramente.

Gráfica 5. Derecho fundamental a la libertad personal



En cuanto al tratamiento que los jueces con función de control de garantías del distrito de Barranquilla-Atlántico, dan a la figura de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como juicio de responsabilidad provisional y anticipado, en comparación con el principio de presunción de inocencia y el derecho fundamental de la libertad se tiene que:

En lo relacionado a que la mayoría de los jueces de control de garantías hayan impuesto medida privativa de la libertad, quiere decir que el juez solo para tales efectos, se detiene a efectuar un estudio relacionado con autoría o participación del imputado, respecto de la conducta punible comunicada por la Fiscalía. Muestra el estudio que la constante es que el trato que los jueces dan a la medida de aseguramiento es de “pena anticipada”, sin realizar de manera profunda un análisis de aspectos capitales tales como el principio de presunción de inocencia y derecho a la libertad personal.

El grupo investigador advierte que en materia de imposición de medida de

aseguramiento en establecimiento carcelario, los jueces de control de garantías de Barranquilla comprometen el tema de la responsabilidad penal del imputado, al decretar una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal, lo que se asume como una “pena anticipada” sin examinar aspectos relacionados con la culpabilidad. Entendiéndose la responsabilidad penal como un estudio que debe permear el trabajo de los jueces en todos los escenarios donde se examine una conducta punible, la cual no puede ser fragmentada en estadios (control de garantía y juicio oral). Y desde otra perspectiva, parte de la responsabilidad que le asiste al Juez de Control de Garantías, como Juez Constitucional es precisamente evitar que se ejerza sobre la persona criminalizada un poder punitivo intolerablemente irracional y selectivo (Zaffaroni, 1998), para que consciente de ese daño su ejercicio no sea desmedido, teniendo en cuenta las “otras cargas” del proceso penal que conllevan sufrimientos, marginaciones, “pena anticipada” –como la detención preventiva–, estigmatizaciones, entre otros efectos latentes indefendibles de la pena (Sandoval, 2007, pp.16-17).

Así entonces, no obstante que la sistemática procesal colombiana entronizada por la Ley 906 de 2004, sugiere que el estudio de la responsabilidad penal está reservado para el juicio oral, y que para que esta se debele se debe cumplir con el debido proceso y a través de sentencia ejecutoriada que declare que se satisfacen las condiciones o presupuestos de esa responsabilidad que, tratándose de imputables, surge con la constatación de la norma rectora sistémica de la conducta punible, que exige unas categorías mínimas imprescindibles, esto es, que sea típica, antijurídica y culpable, de aceptación en un Derecho Penal de acto, de estirpe garantista, liberal y democrático, dando lugar a un esquema analítico que es aceptado de manera general en la doctrina, agrupándose su estudio básicamente en dos categorías esenciales: el injusto (tipicidad y antijuridicidad) y la culpabilidad. No obstante todo lo anterior, esa responsabilidad penal, atada a los presupuestos de la norma sistémica de conducta punible, debe ser estudiada integralmente a lo largo del proceso penal, cada vez que exista

una afectación a un derecho fundamental y en particular a la libertad, pues ello va ligado con el concepto de “la dignidad humana” que “pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva”.

En el estudio efectuado, las gráficas muestran que los jueces de control de garantías de Barranquilla al momento de imponer la medida de aseguramiento, no hicieron un análisis de los aspectos subjetivos de la responsabilidad penal (ver Gráfica 3); no obstante procedieron al encarcelamiento de los imputados con el solo análisis de los aspectos objetivos (tipicidad), afectando grandemente el principio de la presunción de inocencia (ver Gráfica 4) y el derecho fundamental a la libertad personal (ver Gráfica 5). Inclusive, la mayoría de los jueces no hicieron un análisis o estudio sesudo, concerniente al principio de la presunción de inocencia y al fundamental derecho a la libertad personal, como tampoco expresaron cómo su decisión de limitar el ejercicio de la libertad podía impactar esos derechos, lo que mostró en la mayoría de los casos, que el juez no hizo una debida ponderación entre los derechos en pugna, solo fungió como un simple aplicador de la ley restrictiva sin armonizarla con los contenidos constitucionales que deben servir de hontanar decisorio a la función judicial.

Se advierte que los jueces de control de garantías en cuestión, dan un trato aislado a la medida de aseguramiento, sin analizarla al compás de la cláusula de Estado Social de Derecho, donde impera el principio *pro homine*. Es decir, desconocen bajo todo criterio que la limitación de la libertad personal debe ser la última *ratio* en toda la actuación punitiva, desde la averiguación penal hasta la ruptura del principio de presunción de inocencia, que subyace a la sentencia de condena debidamente ejecutoriada.

Dentro de los argumentos esbozados por los jueces de control de garantías, se puede observar que realizan una somera ilustración sobre el tema de la libertad y presunción de inocencia, discurso retórico que se desvanece ante el acto de imposición de medida de aseguramiento. Los jueces

se refieren a esos temas como argumentos previos a la imposición de la medida de aseguramiento como si se tratara de una simple disertación de filantropía, sin tener en cuenta la verdadera repercusión que efectivamente ello conlleva para la libertad personal y presunción de inocencia en un Estado Social y constitucional de Derecho.

Para el grupo, la medida de aseguramiento debe ser un acto judicialmente admitido cuando se establece con elementos de juicio, inclusive mínimos (elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida) que se ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable, vale decir que en ese estadio (audiencias de control de garantías) resulta en las condiciones dichas, necesario el análisis de la responsabilidad penal en sus varias aristas.

Considera el grupo investigador que la responsabilidad penal debe ser valorada, incluso, al momento de resolver sobre la afectación del fundamental derecho a la libertad personal –imposición de la medida de aseguramiento– que, materialmente también es una pena, solo que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado todo un conjunto de fines para la medida de aseguramiento. Con claridad, Roxin* señalaba: “Las privaciones de la libertad que no sean una condición indispensable para la coexistencia pacífica, se tienen que suprimir”.

El concepto de necesidad de medida de aseguramiento está vinculado necesariamente con el concepto de Estado constitucional de Derecho a unos presupuestos filosóficos, de dignidad humana, ontológico-valorativos, como el concepto de acción socialmente dañosa y política, dado por el principio de legitimidad de la función punitiva que exige un equilibrio

* En la contestación al discurso de Mir Puig, al ser investido Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho en Barcelona en 1994.

entre lo que el Estado ofrece y lo que reclama del ciudadano con la sanción penal.

La necesidad de imposición de medida de aseguramiento ha tenido receptividad en la doctrina colombiana, la cual compromete al grupo investigador considerarlo por su efecto irradiante, no obstante que se satisfagan las otras condiciones de la conducta punible, por ser norma rectora de la ley penal y porque su imposición afecta derechos fundamentales que son **límites materiales** del poder punitivo del Estado e involucran el contenido axiológico de la Constitución, que condiciona la definición, aplicación y ejecución de la potestad coercitiva del Estado.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que los jueces de control de garantías tratan o asimilan la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario como una operación lógica procedimental en la que predomina el pensamiento ancestral; delito igual cárcel –desconociendo, que las tendencias del Derecho Procesal contemporáneo han superado en materia penal ese tratamiento restrictivo de la libertad como regla general.

De acuerdo a los resultados obtenidos luego del análisis de los audios de las audiencias preliminares de imposición de medida de aseguramiento llevadas a cabo por los jueces de control de garantía del distrito judicial de Barranquilla, se evidencia que pese a las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional*, los jueces se inclinan a tratar el encarcelamiento preventivo como una constante irreflexiva frente a los contenidos constitucionales y a las estructuras de pensamiento del garantismo penal.

Conforme al objeto de estudio se puede concluir que los jueces de control

* Sentencias C-318 y 1194 de 2008 y más recientemente con la Sentencia C-121 de febrero 22 de 2012.

de garantías asumen la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario como una decisión que necesariamente debe adoptarse en la secuela de la investigación punitiva, desconociendo el predominio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y libertad personal del imputado.

Debe recordarse que de acuerdo a los planteamientos que sustentan el presente trabajo de investigación, la concepción garantista del Derecho Penal, reflejada en distintos pronunciamientos relacionados con la institución procesal de la detención preventiva, esta se debe concebir de manera excepcional y limitada, y no de manera indiscriminada, generalizada y automatizada como muestran los resultados de esta investigación en donde el 86,7 % de la población analizada, impuso la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y el 13,3 % en el lugar de residencia del encartado. Los criterios de tipo constitucional de necesidad, razonabilidad, ponderación, no fueron escrutados por los jueces que decretaron las aludidas medidas de aseguramiento. Sus decisiones revelan una interpretación restrictiva de las normas orientadas por la concepción garantista de la imposición de la medida preventiva en el nuevo esquema procesal penal. Nótese que en las sentencias citadas el máximo tribunal constitucional se encamina por el garantismo en que estuvo inspirado inicialmente el nuevo modelo de procedimiento penal, cuya principal característica es ser garantista y respetuosa de los derechos fundamentales, esencialmente del derecho a la libertad personal.

Se recomienda por tanto:

- Los jueces que ejercen funciones de control de garantías al momento de decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento, deben hacer así sea someramente un juicio relativo a la responsabilidad del imputado, ya que en la forma como está concebida la regulación de la imposición de la medida de aseguramiento, se está excluyendo que se analicen aspectos sustanciales referentes a la teoría general del delito o

de la dogmática penal. Esta fue una discusión que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 también se había planteado, por un sector minoritario de la doctrina procesal penal frente a la vigencia del Decreto 050 de 1987, en el sentido de que no se requería hacer un juicio provisional o somero de responsabilidad.

- Se requiere un cambio de actitud de los jueces que ejercen funciones de control de garantías al decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento para que esta no se imponga de manera generalizada e indiscriminada y evitar su automatismo.
- En la labor del juez que ejerce funciones de control de garantías se recomienda que apliquen de manera adecuada el test de ponderación para determinar en la forma más correcta posible la necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad al momento de decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento.
- Con relación a los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva debe dársele una mayor capacitación a los jueces que ejercen funciones de control de garantías en la medida que no hay claridad o comprensión con el concepto de inferencia, pues muchos de los jueces argumentan que está acreditada la inferencia razonable, siendo que esta debe construirse con base en la evaluación que se haga de los medios de conocimiento aducidos y presentados (elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida). De igual manera, no están distinguiendo correctamente los requisitos objetivos y los teleológicos necesarios para la imposición de la medida de aseguramiento, dado que lo teleológico está relacionado con sus fines.
- Existe la necesidad de que en el ordenamiento interno se realice el examen del estudio de la presunción de inocencia y la causal que fundamente la procedencia de la detención preventiva, al momento de la imposición de la medida de aseguramiento, dado que sin ella, se puede ver afectado el derecho a la libertad y el principio de legalidad.

- El grupo de investigación sugiere que al momento de imponer la detención preventiva se haga previamente el análisis serio del principio de presunción de inocencia y el derecho fundamental de la libertad, pues de lo contrario, lucirán como excepcionados frente a una decisión carente de razonabilidad.

REFERENCIAS

- Agudelo Betancour, N. (1993). *Curso de Derecho Penal. Esquema del delito*. Bogotá: Editorial Señal.
- Aponte, A. (2006). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio*. Segunda edición. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá.
- Bacigalupo, E. (1974). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Bacigalupo, E. (1983). *Delito y punibilidad*. Madrid: Editorial Civitas.
- Bustos Ramírez, J. & Hormazabal, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Tomos I, II. Madrid: Ed. Trotta.
- Cadavid Quintero, A. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Ed. Dike.
- Cerezo Mir, J. (1997). El delito como acción culpable. En *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Tenerife: Ed. Universidad de la Laguna.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de abril de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Fernández Carrasquilla, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Tomo II. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Ferreira Delgado, F. (1984). *Teoría general del delito*. Ed. Temis.
- Gómez López, J. O. (2003). *Teoría del delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Graf Zu Dohna, A. (1958). *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

- Grosso García, M. S. (2007). *El Concepto del Derecho en el Código Penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Segunda edición. Universidad Santo Tomás. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Guerrero Peralta, O. J. (2007). *Fundamentos Teóricos Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Mancilla Ovando, J. A. (1994). *Teoría legalista del delito*. México: Ed. Porrúa S.A.
- Mir Puig, S. (2010). *Derecho penal parte general*. Barcelona.
- Muñoz Conde, F. (1984). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Ed. Temis.
- Reyes Echandía (1997). *Tipicidad*.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas.
- Sánchez Herrera, E. M. (2000). *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez.
- Sandoval Fernández, J. (2007). *Causales de Ausencia de Responsabilidad*.
- Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Ed. Temis.
- Zaffaroni, E. R. *Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Segunda reimpresión. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- www.eltiempo.com/política/2008-03-01.
- www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_32.htm
- www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/assets/MEDIDASDEASEGURAMIENTO.doc. Abril 15 de 2008.

CAPÍTULO VII

Lupe y las Sutilezas Probatorias que Todo Estudiante de Derecho Debería Reconocer*

*ORIÓN VARGAS VÉLEZ***

* Este artículo es producto del proyecto denominado: El razonamiento inductivo en la valoración de la prueba judicial, desarrollado por el autor en calidad de investigador en la Universidad de Medellín.

** Ingeniero Químico y Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Administración de Negocios de la Universidad EAFIT. Es profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín y en la actualidad se desempeña como Jefe de la Maestría en Derecho Probatorio de la misma Universidad.

INTRODUCCIÓN

Este es un escrito sobre la prueba que obtenemos y de la cual hacemos uso para sacar conclusiones en nuestra vida diaria y por supuesto tomar decisiones. En las inferencias que realizamos algunas sutilezas probatorias pueden ser reconocidas. La prueba que tenemos es incompleta, no nos permite sacar conclusiones, y con frecuencia es poco precisa; la relevancia, credibilidad y solidez inferencial de las fuentes de las cuales tales pruebas provienen, pueden ser valoradas de alguna forma determinada. Por consiguiente, las conclusiones alcanzadas sobre las pruebas que tienen estos atributos y, por ende las decisiones que tomamos, solo pueden ser de naturaleza probabilística (Anderson, Schum & Twining, 2005).

El proceso de establecer estas sutilezas probatorias, en términos de su relevancia, credibilidad y solidez inferencial requiere de una visita al razonamiento probabilístico, pues rara vez encontramos una prueba con estas credenciales ya establecidas (David Schum, 2009).

¿Cuál es la naturaleza de estas sutilezas probatorias? ¿Cómo determinarlas? ¿Cuál es la estructura probabilística que tiene que ver con dichas sutilezas? ¿Qué principios racionales se presentan, que generan consecuencias o inconsistencias entre los diversos razonamientos que realizamos? Sin una respuesta adecuada a estas preguntas, la cultura intelectual del estudiante de Derecho con respecto de la prueba siempre estará incompleta (Cohen, 1977).

1. Primera Sutileza

Tiene que ver con la relación entre la *prueba* y los *hechos*, que permite tener una mejor comprensión de la ubicación de la prueba de un hecho respecto de las conclusiones a las que llegamos por medio de alguna inferencia que hacemos. Esto significa que la prueba de un hecho y el hecho en sí mismo se encuentran “distantes” debido a que nuestra percepción de la ocurrencia de un hecho difiere mucho de la ocurrencia del hecho en sí mismo. En

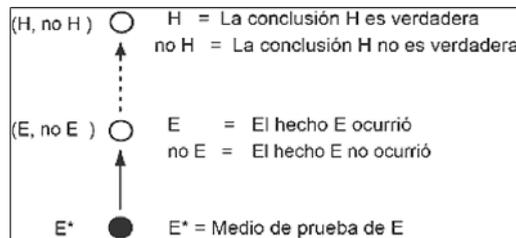
resumen, nuestras abstracciones tienen mucho que ver con nuestro punto de vista y nuestra cultura.

Esta primera sutileza, de ser aceptada, debería ayudarnos a reconocer, por ejemplo, que: a) Del hecho que un paciente **le diga** al médico (prueba testimonial) que tiene dolor de cabeza, *no se sigue que tenga* dolor de cabeza; b) Del hecho que una persona **confiese la comisión** de un delito *no se sigue que él haya cometido* tal delito. ¿Cómo es posible verificar una afirmación del tipo de las anteriormente expuestas, de tal forma que alguna de las mismas pueda ser aceptada como un hecho? Una respuesta plausible a este interrogante podría consistir en diferenciar la prueba y los hechos.

En síntesis, esta primera sutileza se traduce en la siguiente afirmación: tener prueba que un hecho ha ocurrido no significa que este ocurrió (Schum, 2009).

Esta primera sutileza probatoria se ilustra a continuación en la figura 1*.

Figura 1. La diferencia entre un hecho (E) y la prueba de la ocurrencia del mismo (E*)



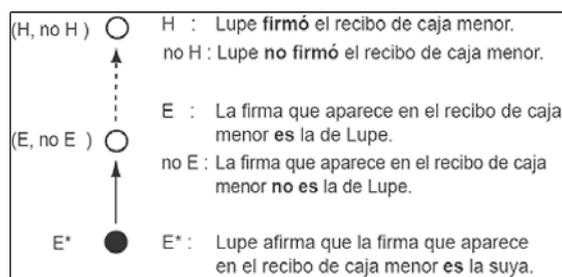
(D. A. Schum, 2001)

Ahora aparece el personaje que encabeza el presente escrito: Lupe, a quien se le pone de presente prueba documental, un recibo de caja menor, en un

* El profesor David A. Schum en su obra titulada *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning* (D. A. Schum, 2001) realiza estas ilustraciones (Diagramas Acíclicos Dirigidos o DAD) para explicar y ejemplificar las cadenas de razonamiento que se ilustran.

interrogatorio de parte. Entonces, del hecho que Lupe, **reconozca** la firma en el recibo de caja menor que se le pone de presente, *no se sigue* que **ella haya firmado** tal recibo. El ejemplo del caso de Lupe podría ser ilustrado de la siguiente forma:

Figura 2. Del hecho que Lupe declare que la firma que aparece en el recibo de caja menor es suya, no se sigue que ella haya firmado dicho recibo



(D. A. Schum, 2001)

De lo anterior, y bajo el supuesto de que la prueba por lo general no es concluyente (en alguna medida o grado), se puede concluir que las inferencias que realizamos desde la prueba (medio de prueba E*) hacia la ocurrencia o no de un determinado hecho E, son de estructura probabilística. Otros juristas como Wigmore (1937) y probabilistas como Keynes (2013) ya habían pensado en esta distinción y en su ilustración mediante estos gráficos acíclicos dirigidos.

2. Segunda sutileza

Tiene que ver con la diferencia entre la prueba, los datos y la información. Nos ahogamos en océanos de datos (de pruebas) pero rara vez tenemos información que nos permita tomar una decisión o llegar a una conclusión (Goldratt, 2006).

Los **datos** [la(s) prueba(s)] son una *secuencia de caracteres* que describen la ocurrencia o no ocurrencia de un hecho. Suponga que tenemos a un determinado juez de un juzgado específico y la única restricción que este

tiene en este momento para tomar una decisión es: el tiempo (restricción que sospecho todos tenemos). Este juez hace la siguiente pregunta a su secretario: “¿cuál es la forma más rápida de llegar a la dirección donde se tiene programada la diligencia de inspección en el día de hoy a las 4:00 pm?” Los jueces toman decisiones y por tanto a este no le sirve cualquier respuesta sino una que le permita tomar una decisión de forma inmediata.

El asistente se lanza en el océano de los datos [de la(s) prueba(s)] y responde: “en automóvil”. ¿Qué tipo de decisión puede tomar nuestro juez con esta respuesta? Ninguna por supuesto. Si el estudiante de Derecho se ve tentado a decir que sí es posible tomar una decisión con base en la respuesta que el secretario ha dado (la de irse en automóvil), de igual forma nuestro juez no tiene ni idea del automóvil *en concreto* que lo puede llevar de la forma más rápida a la dirección donde se realizará la inspección judicial a las 4:00 pm.

La **información** es aquella porción de los datos [de la(s) prueba(s)] que tiene un *impacto* sobre la decisión que se va a tomar. Es decir, *la información es la respuesta a la pregunta* que permite tomar una decisión (Goldratt, 2006). Para el caso en concreto, la respuesta a la pregunta del juez, la misma se refiere no solo a la pequeña porción de los datos [de la(s) prueba(s)] como medio de transporte (“en automóvil”), sino también, a la porción de los datos [de la(s) prueba(s)] que son **relevantes** y permiten tomar una determinada decisión.

En ese sentido, una respuesta (de muchas posibles) que especifique tal porción de los datos [de la(s) prueba(s)] podría ser: “en el automóvil de placas DHV295, conducido por el señor Miguel Vargas, experto conductor de Fórmula 1, que llegando al juzgado a las 2:25 pm, y saliendo del mismo a las 2:30 pm, y, en condiciones normales y/o extremas de tráfico, estaría llegando a la dirección donde se realizará la diligencia de inspección judicial aproximadamente a las 3:15 pm”. Con esta porción (incompleta por

supuesto) de datos [de prueba(s)], el juez estaría en una mejor posición para tomar una decisión (salir unos minutos más tarde, o salir a esa hora en punto teniendo en cuenta que como es día jueves, el tráfico puede verse alterado, etc.).

La ley de Murphy nos enseña que: “si algo puede salir mal, saldrá mal”. Y para el caso en concreto de esta segunda sutileza, esta ley tiene total aplicación en los medios de prueba tales como el interrogatorio de parte, el testimonio de terceros, el interrogatorio del experto entre otros medios de prueba en la siguiente expresión: “*dime cómo me vas a interrogar y yo te diré qué respuesta te daré. Si me interrogas de forma incorrecta, no te quejes de mi respuesta evasiva o de mi silencio*”.

Un interrogante que nos plantea esta segunda sutileza es: ¿cómo extraer información del océano de los datos [de la(s) prueba(s)]? ¿Cómo reconocer los datos [las prueba(s)] que tienen un *impacto* sobre la decisión del juez, es decir, aquellos datos [aquellas prueba(s)] que son **relevantes**? Una respuesta sencilla para el estudiante de Derecho podría ser: *haciendo las preguntas correctas*, las cuales surgen de reconocer la primera sutileza ya mencionada.

De esta segunda sutileza, podríamos señalar que los datos [la(s) prueba(s)] proveen al menos alguna información, pues de lo contrario, no sería posible extraer ninguna conclusión de tales datos [prueba(s)] (Schum, 2001). De igual forma, diferenciar los datos [la(s) prueba(s)] de la información, puede llegar a ser de suma utilidad en la forma como hacemos las preguntas que nos permiten tomar decisiones en los contextos de incertidumbre que enfrentamos en nuestra vida diaria.

3. Tercera sutileza

Tiene que ver con la diferencia entre la prueba y el conocimiento. Esta sutileza tiene raíces epistemológicas. Para un filósofo sería suficiente de-

finición de **conocimiento**, *el hecho que una persona X sepa o conozca que un hecho E es verdad o es cierto.*

Esto significa que en las inferencias que realizamos, es fácil **decir que tenemos** prueba de un hecho; pero **decir qué conocimiento** tenemos basados en la prueba de un hecho no es tan fácil. De la primera sutileza estudiada podemos realizar una inferencia con respecto si la hipótesis o conclusión (H) a la que llegamos en el caso de Lupe (Lupe firmó el recibo de caja menor) es verdad o cierta (Schum, 2009).

De la figura 2 se observa que si el hecho E ocurrió (si la firma que aparece en el recibo de caja menor se corresponde o pertenece con la de Lupe), esto favorece en alto grado que la hipótesis o conclusión (H) sea verdad o cierta (Lupe firmó el recibo de caja menor). La pregunta central que nos plantea esta tercera sutileza es: ¿cómo obtenemos **el conocimiento** de la ocurrencia del hecho (E)? Y antes de intentar dar respuesta alguna, solicito al estudiante de Derecho pensar bien *si realmente estamos al tanto de la situación del momento en que dicho recibo de caja menor fue firmado por Lupe.*

Entonces sugiero regresar a la segunda sutileza y preguntar: ¿Cómo extraemos información del océano de los datos [de la(s) pruebas(s)]? Entonces nos lanzamos de nuevo en el océano de los datos [de la(s) prueba(s)] y buscamos una o varias fuentes de prueba. Encontramos una que puede ser tangible (el recibo de caja menor) o testimonial (la declaración de Lupe) que nos digan o señalen de alguna forma que el evento (E) ocurrió.

Y efectivamente encontramos en el océano de los datos [de la(s) pruebas(s)], primero, un documento, recibo de caja menor, que señala que *la firma que aparece en el mismo es semejante a la que Lupe realiza con frecuencia en los documentos que firma.* Y segundo, una prueba testimonial, realizada a Lupe en el proceso judicial, donde declara que la firma que aparece en dicho documento se corresponde con la suya.

Ahora tenemos que hacernos dos preguntas para poder tomar una decisión: la primera sería: ¿Tenemos prueba documental (recibo de caja menor) y prueba testimonial (testimonio de Lupe), que el hecho (E), efectivamente ocurrió? La segunda sería: ¿Tenemos conocimiento que el hecho (E) efectivamente ocurrió por lo que las fuentes de prueba documental (recibo de caja menor) y testimonial (testimonio de Lupe), nos lo dicen o señalan? Aun en el caso que la prueba que tengamos nos provea un determinado conocimiento, no podríamos afirmar que tenemos conocimiento con respecto de las hipótesis o conclusiones (H, no H) a las que llegamos o que extraemos, y sobre las cuales la prueba documental y testimonial parecen **relevantes** (Schum, 2009).

4. Cuarta sutileza

Tiene que ver con relación entre la prueba y la verdad en la ocurrencia de los hechos señalados por la prueba. ¿Cuál verdad? La única que puede existir independiente de lo que la prueba pueda señalar en nuestros pensamientos y de las abstracciones que hacemos. La verdad es **una**. Lo que varía es nuestro **conocimiento** con respecto de la misma. Ya el lector habrá observado que esta sutileza va de la mano con la sutileza anterior.

Suponga que Lupe, nuestro personaje central, va a realizar una apuesta con respecto de la ocurrencia o no de un hecho. Dicha apuesta será realizada mediante el lanzamiento de un dado. El hecho que a ella le interesa que ocurra para ganar la apuesta es, que al lanzarlo, salga el número 6.

Ahora bien, ella sabe que al lanzar el dado, es posible que salgan otros números incluido el número 6 al que le apuesta, es decir, que al lanzar el dado es posible que salgan o el número 1, o el número 2, o el número 3, o el número 4, o el número 5, o el número al que ella apuesta, es decir el número 6. De este modo, son seis los **resultados posibles** que se pueden presentar al lanzar el dado y es uno solo el que ocurre o es **favorable**.

A priori, ella sabe que de seis resultados posibles, solamente ocurre uno. Y ella apuesta por el hecho que salga favorecido el número 6. De esta forma, la probabilidad de que al lanzar un dado salga el número 6 es representada por la relación entre el número de casos favorables (que salga el número 6) y el número de casos posibles (que salga o el número 1, o el número 2, o el número 3, o el número 4, o el número 5, o el número 6) (Hawking, 2006).

De lo anterior se tiene que:

$$(1) P(6) = 1/6 = 0,167 = 16,7 \%$$

Si calculamos la probabilidad en la ocurrencia de cualquiera del resto de los números del dado (1,2,3,4,5), esta será la misma para cada uno de ellos, y la suma de la probabilidad de cada uno de ellos dará como resultado total el 100 % o lo que es lo mismo 1. Veamos:

$$(2) P(1) + P(2) + P(3) + P(4) + P(5) + P(6) = 0,167 + 0,167 + 0,167 + 0,167 + 0,167 + 0,167 = 1 = 100 \%$$

En este caso da lo mismo apostar a cualquier número, pues la ocurrencia de cualquiera de los seis resultados es igualmente posible. Observe que aun sin haber lanzado el dado (*a priori*), Lupe sabe que tiene un 16,7 % de probabilidad de que **salga** el número al que ella apuesta, es decir el número 6.

Entonces la probabilidad que el número 6 **no salga** puede ser calculada así:

$$(3)^* P(\text{no} - 6) = (100 \% - 16,7 \%) = 83,3 \%$$

* Esto se conoce en teoría de la probabilidad como *el principio complementario de la negación*.

$$P(A) + P(\text{no} - A) = 100 \%$$

$$16,7 \% + P(\text{no} - A) = 100 \%$$

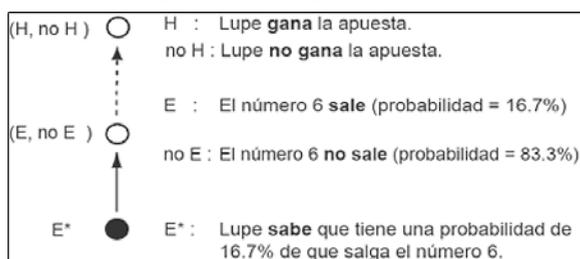
$$P(\text{no} - A) = 100 \% - 16,7 \%$$

$$P(\text{no} - A) = 83,3 \%$$

De lo anterior, se observa que es mayor la probabilidad de no ocurrencia del hecho que salga el número 6 con respecto de la apuesta que ella ha realizado. De aquí también se observa que un valor de 0 [cero por ciento de probabilidad (0 %)] se corresponde con la probabilidad de un suceso *imposible* (por ejemplo la probabilidad que al lanzar un solo dado salga el número 7) y un valor de 1 [cien por ciento de probabilidad (100 %)] se corresponde con la certeza y por tanto con ninguna probabilidad, es decir, con la ocurrencia de un hecho *seguro* (por ejemplo que “es seguro” que sale uno de los 6 resultados posibles).

Inicialmente Lupe no tiene conocimiento de cuál resultado va a salir. Pero ella sabe que la verdad es una. Ella sabe que con toda seguridad (certeza = 100 %) sale uno de los seis resultados. ¿Cuál? Cualquiera (1, 2, 3, 4, 5 o 6), pues todos tienen la misma posibilidad de ocurrir cada uno con una probabilidad del 16,7 %. Dado que ella tiene conocimiento de estas probabilidades, puede tomar una mejor decisión en la apuesta que realiza.

Figura 3. El conocimiento previo que tiene Lupe [E*] y su decisión de apostar por la ocurrencia o no del hecho (E, no-E) con base en la teoría de la probabilidad para ganar o no la apuesta (H, no-H)



(D. A. Schum, 2001)

Ahora se puede advertir que Lupe preferiría realizar una apuesta lanzando una moneda en vez del dado, pues ella sabe o tiene conocimiento, que con la moneda tiene una probabilidad mayor de ganar que si lo hace con el dado (ya que tiene un 50 % de probabilidad de ganar con la moneda frente a un 16,7 % de probabilidad si lo hace con el dado).

Ahora, suponga que Lupe dispone de prueba testimonial **adicional** que le informa, una vez lanzado el dado, que ha salido un número par. Lupe ahora tiene un conocimiento adicional que le permite aumentar la probabilidad en la ocurrencia del hecho al que le apuesta (**que salga** el número 6). Con este conocimiento (que ha salido número par) Lupe ya no realiza el cálculo con base en seis resultados posibles (1, 2, 3, 4, 5 o 6) sino con base en tres resultados posibles (2, 4, o 6).

Entonces Lupe hace sus cálculos de la siguiente forma:

$$(4) P(6/par) = 1/3 = 0,33 = 33,3 \%$$

Esta probabilidad es conocida como **probabilidad condicional** (Hawking, 2006) y puede ser leída como: la probabilidad de que salga el número seis dado que (se tiene conocimiento que) ha salido número par. Observe que el hecho que exista prueba testimonial que declare que ha salido número par, permite a Lupe tener un nuevo conocimiento (mejor que el anterior) con respecto de la ocurrencia del hecho por el que apuesta (**que salga** el número 6).

$$(5) P(6/par) = 33,3 \% >^* P(6) = 1/6 = 16,7 \%$$

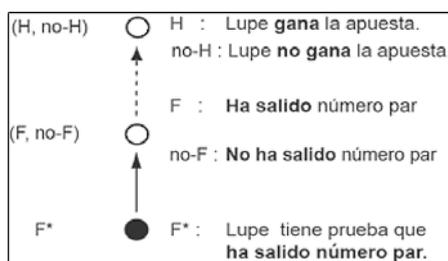
Lupe tiene conciencia de la incertidumbre de su apuesta, la cual ahora se ve disminuida por el conocimiento que ella tiene de la probabilidad en la ocurrencia del hecho:

* Léase "mayor que" (>).

$$(6) P(\text{no} - 6/\text{par}) = 100 \% - 33,3 \% = 66,7 \%$$

Ahora ella sabe que la probabilidad de que **no salga** el número 6 dado que sabe o tiene conocimiento que ha salido número par (por la prueba testimonial) es menor que cuando no sabía o no tenía el conocimiento que le ha dado la prueba testimonial que ha salido número par [ver y comparar las ecuaciones (3) y (6)].

Figura 4. El nuevo conocimiento que tiene Lupe por el medio de prueba (F*), le permite tomar una mejor decisión para apostar y ganar



(D. A. Schum, 2001)

5. Quinta sutileza

Tiene que ver con la prueba y su objetivo en el proceso judicial. Acorde con las sutilezas anteriores, puede plantearse que el objetivo de la prueba en el proceso judicial es: *proveer conocimiento al juez que le permita tomar una decisión en contextos de incertidumbre con respecto de la verdad en la ocurrencia de los hechos.*

Aceptar el objetivo que acaba de ser propuesto, significa enfrentar con valor algunos aspectos problemáticos: 1) En la conformación de los medios de prueba por parte del juez (admisibilidad, relevancia, credibilidad y solidez inferencial de los medios de prueba); 2) En la valoración de los medios de prueba; y 3) En los estándares de prueba sobre los cuales se fundamenta la decisión judicial.

Si el objetivo de la prueba en el proceso judicial es el que acaba de ser

establecido, entonces es posible dar un manejo adecuado a estos aspectos problemáticos. De lo contrario, nuestra cultura intelectual con respecto de la prueba será incompleta y tal ausencia de claridad, podría, con frecuencia, hacernos mucho daño.

6. Lupe pone en funcionamiento las sutilezas probatorias que todo estudiante de Derecho debería reconocer

Lupe lo ha pensado bien. Sabe que tiene que tomar una decisión en un contexto de incertidumbre. Tiene una prueba que le permite tomar una decisión. Y no se trata de un dato. Es definitivamente información. Su conocimiento previo proveniente de la teoría de la probabilidad le permite ganar la apuesta con un 16,7 % de probabilidad. La prueba que un tercero le ha dado (quien ha observado que al ser lanzado el dado ha salido número par), le provee conocimiento adicional para ganar la apuesta con un 33,3 % de probabilidad. Lupe también es consciente, de acuerdo con el principio complementario de la negación, que la prueba testimonial le provee conocimiento para perder la apuesta con probabilidades del 83,3 % y 66,7 % respectivamente.

Entonces realiza un juicio de **admisibilidad** de las pruebas para poder apostar. Su conocimiento previo se basa en una probabilidad de que salga el número seis [$P(6) = 16,7\%$] y la prueba testimonial se basa en la probabilidad condicional de que salga el número seis dado que se tiene conocimiento que ha salido número par [$P(6/\text{par}) = 33,3\%$]. Lupe admite su conocimiento previo y la prueba testimonial, pues cree con certeza en la teoría de la probabilidad.

Luego realiza un juicio de **relevancia** de la prueba testimonial pues tiene interés en ver cómo esta impacta la apuesta por la ocurrencia del número seis. Dado que ella quiere extraer información del océano de los datos [de la(s) prueba(s)], se hace dos preguntas:

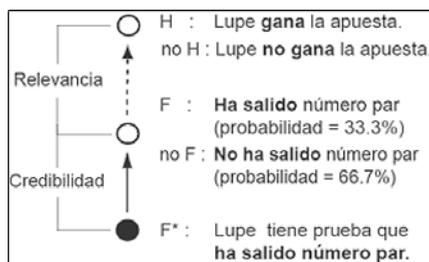
- 1) ¿Cuál es la probabilidad de ganar la apuesta dado que sabe o tiene conocimiento que ha salido número par?

2) ¿Cuál es la probabilidad de que salga número par dado que tiene prueba que ha salido número par?

Lupe pone en funcionamiento las sutilezas probatorias que todo estudiante de Derecho debería reconocer. Observa que: 1) Con respecto de tener prueba testimonial que afirma que ha salido número par, no se sigue el hecho que haya salido número par; 2) Con respecto del hecho que haya salido número par, no se sigue que gane la apuesta. Esto definitivamente es útil para Lupe en la decisión de si apuesta o no por el número seis, pues es definitivamente información.

Lupe está definitivamente conectada con la **distinción** entre la prueba de un hecho y la ocurrencia o no del hecho en sí (primera sutileza). Está conectada con respecto de la forma como debe extraer **información** de dicha prueba (segunda sutileza). También está conectada con respecto de la **credibilidad** del medio de prueba y el **conocimiento** que dicha prueba le provee para tomar una decisión (tercera sutileza). De igual forma Lupe comprende que la **verdad** es y será una, independiente de la prueba que se tenga y que tal verdad varía de acuerdo al grado de conocimiento que se tenga respecto de la prueba que valora (cuarta sutileza). Lupe no pone en duda que el **objetivo** de la(s) prueba(s) en la apuesta que realiza es darle información (conocimiento) para poder tomar una decisión en un contexto de incertidumbre y con respecto de la inferencia que ahora realiza.

Figura 5. Aspectos estructurales de la prueba: la relevancia y la credibilidad. Observe cómo la relevancia se presenta entre la hipótesis (H) y el hecho (F) y la credibilidad se presenta entre el hecho (F) y el medio de prueba (F*)



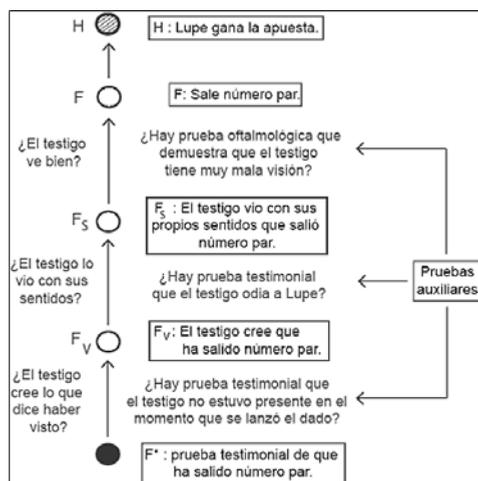
(D. A. Schum, 2001)

Lupe se da cuenta que la **relevancia** es un aspecto estructural (Schum, 2009) de la prueba y al mismo tiempo observa que dicha prueba (F^*) es **relevante**, pues de ser cierto lo que esta señala, es decir, que ha salido número par (F), se aumenta el grado de probabilidad en la ocurrencia de la hipótesis o conclusión (H) que se corresponde con ganar la apuesta.

En resumen, el conocimiento previo que Lupe tiene con base en la teoría de la probabilidad de que salga favorecido el número seis [$P(6) = 16,7\%$], se ve aumentado por la introducción de un nuevo elemento de juicio (o medio de conocimiento o medio de prueba) **relevante** que es la prueba testimonial de una persona que afirma, una vez lanzado el dado, que ha salido número par y que se corresponde con un aumento en la probabilidad de casi el doble de la que se tenía inicialmente [$P(6/\text{par}) = 33,3\%$].

Pero también Lupe se da cuenta de otro aspecto estructural de dicha prueba: la **credibilidad** de tal prueba testimonial F^* (Schum, 2007). Y con respecto de la misma, se plantea algunos interrogantes que se traducen en **generalizaciones** que podrían ser aplicadas a este testigo y que él, debería estar en capacidad de responder.

Figura 6. Las generalizaciones propias de la credibilidad (F_v , F_s) y las pruebas auxiliares (interrogantes) que podrían poner en duda o resquebrajar tales generalizaciones



(D. A. Schum, 2001)

El primer interrogante que se hace es: ¿Si una persona dice luego de lanzar un dado que ha salido número par, entonces es porque esa persona **por lo general cree** que ha salido número par? El segundo interrogante que se hace es: ¿Si una persona cree que ha salido número par, entonces es porque esa persona **por lo general ha observado con su propio sentido de la vista** que ha salido número par? El tercer interrogante que se hace es: ¿Si una persona ha observado luego de lanzar un dado con su sentido de la vista que ha salido número par, entonces es porque esa persona **por lo general observa bien?** (Anderson *et al.*, 2005).

El estudiante de Derecho ya habrá notado que las generalizaciones propias de estos tres interrogantes están dados por lo señalado en negrita de la afirmación “por lo general”. Estas generalizaciones son tan solo probables y demostrables en algún grado o medida. Dan cuenta de las *reglas de la experiencia*, que como parte de las reglas de la sana crítica, debe emplear el juez en el momento de la valoración individual y conjunta de los medios de prueba (Cohen, 1970).

En la figura 6, se observan estas reglas de la experiencia entre la prueba F^* y el hecho F descrito por la prueba, y se plantean tres interrogantes (pruebas auxiliares) (Schum, 2001), que podrían cuestionar tales reglas de la experiencia o generalizaciones con el fin de indagar: 1) Si el testigo está o no mintiendo (por ejemplo si no se encontraba en el lugar de los hechos cuando el dado fue lanzado); 2) Si el testigo tiene o no una razón para ser objetivo (por ejemplo si fue que se imaginó dicho resultado debido al odio que tiene hacia Lupe); y 3) Si el testigo tiene una prescripción de tipo oftalmológico (por ejemplo si tenía o no puestos sus lentes cuando observó el resultado que ocurrió luego de lanzado el dado) (Cohen, 1977).

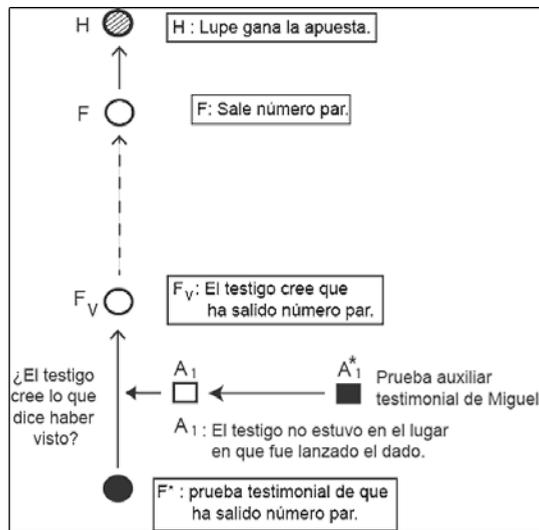
Lupe descubre en las cadenas de razonamiento de las diversas figuras que a lo largo del presente escrito se han ilustrado que: 1) La relación entre las pruebas (E^* , F^*) y los hechos descritos por tales pruebas (E , F) guardan

una relación **directa**; 2) La relación entre las pruebas (E^* , F^*) y la hipótesis (H) guardan una relación **indirecta**. Así las cosas, se tiene prueba testimonial directa (F^*) sobre el hecho que efectivamente haya salido número par (F) y prueba testimonial indirecta o circunstancial (F^*) sobre la hipótesis que Lupe gane la apuesta (H) (Schum, 2001).

Para Lupe es claro que tanto la prueba testimonial (F^*) ya sea directa e indirecta sobre el hecho (F) y la hipótesis (H) respectivamente, en ambos casos, es prueba que tiene **relevancia directa**, es decir, es prueba que se relaciona tanto con la ocurrencia o no del hecho (F) como con la ocurrencia o no de la hipótesis o conclusión (H).

Para Lupe también es claro que la prueba directamente relevante, ya sea directa o indirecta, puede ser **positiva** o **negativa** dependiendo de si **afirma** o **niega** la ocurrencia de un hecho, lo cual, como se ha observado guarda relación con la credibilidad de una determinada prueba (Schum, 2001).

Figura 7. La generalización correspondiente a la veracidad del testigo como aspecto estructural de la credibilidad (F^* , F_v) y la prueba auxiliar A_1 que podría poner en duda o resquebrajar tal generalización



(D. A. Schum, 2001)

En el caso actual, Lupe tiene: 1) Prueba testimonial F*; 2) Positiva (+); 3) Con relevancia directa; 4) Que es prueba directa sobre la ocurrencia del hecho F; 5) Que es prueba indirecta sobre la ocurrencia o no de la hipótesis H. Adicionalmente Lupe podría tener: 1) Prueba testimonial (prueba auxiliar); 2) Positiva o negativa (+, -); 3) Con relevancia indirecta; 4) Que es prueba auxiliar directa sobre alguno de los aspectos de la credibilidad de la prueba F*; 5) Que es prueba auxiliar indirecta sobre el hecho F.

Los estándares de prueba para la apuesta que Lupe realiza, se encuentran muy por encima del valor de probabilidad que su prueba testimonial le otorga $P(6/\text{par}) = 33,3\%$. Los valores de dichos estándares de prueba, se encuentran por encima del 50 % de probabilidad y son fijados por la casa de apuestas así: 1) Probabilidad de 50,1 % para que tal prueba pueda ser considerada como *causa probable*; 2) Probabilidad del 70 % para ser considerado como medio de prueba *claro y convincente*; 3) Probabilidad del 85 % para ser considerado como medio de prueba *preponderante* y 99,9 % para ser considerado como medio de prueba *más allá de toda duda razonable*.

De lo anterior, Lupe observa que no tiene chance de ganar la apuesta, ya que el valor asignado a la prueba testimonial que ella posee, no tiene ninguna oportunidad en esta casa de apuestas. Sencillamente su prueba testimonial, no tiene oportunidad de ser admitida, valorada y tenida en cuenta de acuerdo a los estándares de prueba establecidos por la casa de apuestas para tomar una decisión de si puede o no ganar una apuesta.

No obstante, Lupe, como el estudiante de Derecho, han dado el primer paso para el reconocimiento de algunas sutilezas probatorias sobre las que se hace necesario tener claridad y sobre las cuales recaen los aspectos estructurales necesarios para la valoración de la prueba y finalmente para poder tomar decisiones en contextos de incertidumbre.

Para finalizar, una necesaria rectificación. Las lecturas y la traducción que

he realizado al idioma español de las obras *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning* de David A. Schum y *The Probable and the Probable* de L. J. Cohen, me han dado sólidos argumentos y la comprensión necesaria para la elaboración del presente escrito. Es muy posible, sin embargo, que yo no haya adquirido una comprensión sólida similar a la de estos magníficos autores, y a decir verdad, no he seguido todos sus argumentos. Cualquier imperfección en el presente escrito, es el resultado de mi propia obstinación y falta de comprensión.

REFERENCIAS

- Anderson, T., Schum, D. A. & Twining, W. L. (2005). *Analysis of Evidence*. Cambridge University Press.
- Cohen, L. J. (1970). *The implications of induction*. Methuen.
- Cohen, L. J. (1977). *The probable and the probable*. Clarendon Press.
- Goldratt, E. M. (2006). *The Haystack Syndrome: Sifting Information Out of the Data Ocean*. North River Press.
- Hawking, S. W. (2006). *Dios creó los números: Los descubrimientos matemáticos que cambiaron la historia*. Crítica.
- Keynes, J. M. (2013). *A Treatise on Probability*. Dover Publications.
- Schum, D. (2007). Assessing the Competence and Credibility of Human Sources of Intelligence Evidence. *Contributions from Law and Probability*, 6.
- Schum, D. (2009). A Science of Evidence: Contributions from Law and Probability. *Law, Probability & Risk*, 8(Issue 3), 197-231. doi: 10.1093/lpr/mgp002
- Schum, D. A. (2001). *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Northwestern University Press.
- Wigmore, J. H. (1937). *The science of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*. Little, Brown.

CAPÍTULO VIII

Inobservancia de la Inspección Judicial en Materia Procesal Laboral

*INÉS RODRÍGUEZ LARA**
*JOSÉ DAVID MANOTAS***

* Docente Investigadora IJ, Abogada, especialista en Derecho procesal, Magíster en Educación, Candidata a doctor en Ciencias de la Educación. Coordinadora de la línea de investigación Tendencias del Derecho Laboral y la Seguridad Social del Grupo de Investigación Tendencia Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar.
irodriguez1@hotmail.com

** Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Procesal. Docente investigador del Grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar. jdmanotas10@hotmail.com

El Derecho Procesal Laboral tiene como objeto resolver los conflictos que se presenten entre empleadores y trabajadores en su aspecto individual y colectivo, regulando todos los aspectos concernientes al proceso como tal, es decir, su práctica, donde es de gran relevancia y valoración los medios de prueba, ya que le darán al juez la certeza de fallar conforme a la ley.

En consecuencia, los medios probatorios son el pilar de un proceso porque conllevan a una decisión que pondrá fin al conflicto, y se hace necesario conocer cómo se aplican y qué grado de eficacia tiene cada uno; además qué cambios han sufrido a medida que han surgido las reformas de la ley en materia laboral procedimental.

El artículo 55 del Código Procesal Laboral establece la inspección judicial como medio de prueba, como una forma de verificación de hechos alegados. La práctica de la inspección judicial en el procedimiento laboral recae restringidamente a documentos tales como libros de nómina, prestaciones sociales, aportes de seguridad social, entre escasamente otros, y en el periodo comprendido de 2004 a 2009 la inspección judicial en los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla la solicitaba la parte demandante y en la mayoría de los casos, luego renunciaba a ella.

En este proyecto de investigación del cual se deriva este capítulo, el objeto de estudio se abordó en un primer momento desde el paradigma de investigación histórico-hermenéutico, ya que la pretensión de esta investigación está básicamente orientada a la comprensión, e interpretación de la práctica de la inspección judicial como medio de prueba en el Derecho Laboral. El método a emplear será el inductivo. Como técnicas en este momento se realizarán entrevistas a los jueces laborales de Barranquilla, a abogados litigantes en Derecho Laboral y se realizará una recopilación bibliográfica.

En un segundo momento en este estudio se asumirá una postura desde el

paradigma empírico-analítico donde se generará a partir de la confrontación de los hechos con la práctica que desde los despachos judiciales se realiza en torno a la inspección judicial para finalmente poder establecer la eficacia de la misma en el proceso laboral colombiano. En esta fase se recurrirá al método deductivo. Se aplicarán como técnicas la encuesta, la observación no participante, el cuestionario de opinión, el análisis de documentos (expedientes laborales).

La población objeto de estudio fue dada por los procesos laborales iniciados en Barranquilla a partir del periodo 2005-2009, específicamente en lo atinente a la práctica de la inspección judicial como medio de prueba.

“La actividad de probar nos exige demostrar a otro la verdad de algo” (Cardozo, 1989), haciendo apología a estas palabras se tiene que para probar la legislación laboral contempla los articulados comprendidos entre los artículos 51 al 61 del CP, es así cuando la parte inicial del artículo 51 establece que son admisibles todos los medios de pruebas establecidos en la ley.

Y será a través de los medios de prueba que se conduce a la convicción o a la certeza de los hechos; se demostrará al juez la verdad de un hecho utilizando medios calificados previamente por la ley como aptos, idóneos y adecuados.

El Derecho Laboral se ha identificado con los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, artículos 144-301, de los cuales hemos sustraído la inspección judicial definida por el Código de Procedimiento Penal como el examen y reconocimiento personal... y que para el Código de Procedimiento Civil es el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos.

Definición esta entonces que ha aceptado el Código Procesal Laboral con la circunstancia que en el procedimiento laboral la inspección judicial ha

quedado restringida al examen judicial de documentos; que en la gran mayoría de los casos es la parte accionada la que lo exhibe.

Debido a que la inspección judicial ha quedado restringida al simple examen judicial de documentos tales como: libros de nómina, de seguridad social, de memorandos, de las hojas de vida de los trabajadores, entre otros; exhibidos en la gran mayoría de los casos por el empleador en el despacho judicial, quien es a su vez al que se le están imputando unas obligaciones que debe pagar.

Así para examinar críticamente el valor probatorio de la inspección judicial, hay que determinar si la parte que aportó la prueba objeto de la inspección judicial, presentaría documentos que estarían en contra de él mismo y por lo tanto opta por solamente someter a inspección judicial, aquellos documentos que se encuentren a su favor. De ahí la importancia de resolver el siguiente interrogante: **¿Cuál es la eficacia de la inspección judicial como medio de prueba en el procedimiento laboral colombiano?**

DISPOSICIONES LEGALES QUE REGULAN LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Se consideran medios de prueba aquellos instrumentos legales que permiten al juez llegar al conocimiento de los hechos y a las partes demostrar su veracidad. El objeto de estos medios probatorios es que el fundamento de toda decisión judicial son las pruebas allegadas al proceso; a través de ellas se construye un soporte al derecho alegado y se acredita la existencia de ciertas normas de Derecho.

Devis Echandía establece que los medios de prueba deben analizarse desde dos puntos de vista: desde la actividad del juez o de las partes que suministran el conocimiento de los hechos al proceso, por lo tanto, “se extrae de los motivos y argumentos para tener la convicción de estos” (Devis Echandía, 1970, p.526).

La Ley 105/31 (Código Procesal Laboral antiguo) rigió el sistema de la tarifa legal, en la cual no estaban taxativamente enumerados los medios de prueba, sino de antemano se fijaba el mérito de cada uno. Durante la vigencia de esta ley, el proceso laboral debía seguirse por ella en cuanto a los medios, mas no en su valoración, ya que para este sí existía el principio de la “libre formación de convencimiento”. Establecía limitaciones en cuanto a la confesión; como en el caso del artículo 609 donde el confesante debe probar los hechos distintos al caso, contrario con el artículo 200 del CPC donde los hechos distintos al caso se aprecian por separado.

El nuevo Código de Procedimiento Civil trae, en cambio, en materia probatoria el objeto de esta reforma que se orienta a formar el convencimiento del juez y a la vez, lo autoriza para que aprecie las pruebas, no dentro de una tarifa legal, sino de acuerdo a la sana crítica. Este concepto fue adoptado del Código Civil alemán.

La Ley 153 de 1887 establecía algunas limitaciones a la eficacia de los medios de prueba, como por ejemplo las limitaciones al testimonio que estaban contempladas en los artículos 91, 92, 93 de esta Ley. El artículo 91 donde dispone que no será admisible la prueba de testigo que puedan alterar lo que exprese el acto o contrato.

También definía el principio de la prueba por escrito que según la Corte Suprema de Justicia es “un acto lícito que haga verosímil el hecho litigioso” (Sentencia del 16 de febrero/73).

El artículo 53 de la Ley 153/87*. Contení la disposición de probar actos o contratos que sobrepasaran determinado valor, por medio de testigo; esta disposición estuvo vigente hasta el 30 de junio de 1971. La Corte Suprema de Justicia interpreta que la imposibilidad de obtener por escrito o prueba escrita puede ser física o moral, como lo acepta la doctrina nacional:

* Hoy derogado.

Hernando Devis Echandía conceptúa: “la imposibilidad de obtener una prueba por escrito puede ser física o moral como unánimemente lo acepta la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera; es importante observar que debe existir, y es suficiente que exista en el momento de celebrarse el contrato; por consiguiente no importa que desaparezca después” (311).

Jorge Cardozo Isaza considera en cuanto a la excepción que contempla el artículo 232 del CPC: “Estimamos que dicha calidad apreciada con relación a las partes mismas más que con la relación a las generalidades de las personas, por lo cual, creemos que hace referencia a los vínculos del parentesco: profesionales, de amistad o de otra índole que justifiquen la omisión del documento. Un ejemplo de ello sería la llamada “Imposibilidad moral” (Cardozo, 1979, p.344).

Por lo anterior, es evidente que en estas leyes se rechazaban los testimonios, como lo preceptuaban los artículos 1767 y 92 del CC, donde se le advertía al legislador que al momento de apreciar la prueba a través de este medio lo hiciera con demasiada cautela; eran admisibles en procesos originados en contratos y convención, pero se les miraba con desconfianza.

Jairo Parra Quijano define los documentos como:

Un objeto para que pueda llamarse documento, debe representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento, ya que si el objeto se muestra así mismo, sin representar algo distinto, no es documento” (Parra, p. 537).

El documento es un objeto perceptible por los sentidos, sujeto a las leyes de la materia y el espacio; no importa el material de que esté hecho después que permita su representación.

En la legislación de todos los países, el documento cumple unas funciones que le convierten en un instrumento importante dentro de la actividad probatoria y extraprocesal. Podemos decir entonces que tiene dos caracteres:

- Extraprocesal: de naturaleza solemne.
- Procesal y probatorio: cuando la ley lo incorpora para demostrar un hecho.

En todas las disposiciones anteriores en materia probatoria eran prueba reina dentro de un proceso los documentos, tanto así que en la Ley 105/31 todos aquellos para probar algún hecho debían constar por escrito y la Corte Suprema en Sentencia del 16 de febrero de 1973 dice que: “el documento era un acto lícito que hacía verosímil un hecho litigioso”. Lo que ratifica la importancia del documento sobre los otros medios de prueba y podía lograr un convencimiento pleno al juzgador de la veracidad de los hechos alegados.

El párrafo 2º del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil establece: “si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones o aquellas donde se promuevan incidentes o se les dé respuesta”.

En el Código de Procedimiento Laboral en vigencias anteriores contenía en su redacción una expresión que fue criticada por autores como el Dr. Parra Quijano debido a que no especificaba que se incluyera la prueba documental en la demanda como forma de darle lealtad al debate probatorio. Posteriormente la Ley 712/01 acoge el planteamiento, y en el núm. 3 del artículo 26 establece: “debe aportarse la prueba documental en la demanda”.

La Corte Suprema de Justicia establece respecto al tema:

No podía concedérsele valor probatorio a aquellos documentos que no fuesen acompañados con la demanda, ni con el escrito de excepciones sin quebrantar las normas imperativas de aducción, decreto y práctica de pruebas” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 22 de julio de 1980).

De lo anterior se deduce que en las vigencias anteriores se discutía en qué momento del proceso debían aportarse las pruebas, específicamente la documental.

Al entra a regir la Ley 712/01 en materia laboral se aclara esta incertidumbre en cuanto a la aportación del documento al proceso.

Otro fenómeno materia de controversia es la presunción de autenticidad de los documentos allegados al proceso, y de este tema hace referencia la Ley 446/98, que regula la autenticidad:

En todos los procesos los documentos aportados por las partes deben ser incorporados en el expediente judicial, con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal, ni autenticación; todo ello sin perjuicio a lo dispuesto con relación a los documentos emanados de terceros.

Lo esencial en esta norma es que se puede incorporar el documento como prueba solo en el proceso judicial; se aplica a todos los procesos. La norma nos ahorra la autenticación o presentación personal, no la firma; lo que quiere decir que esta se mantiene.

El sustento constitucional de la presunción de autenticidad es el artículo 83 de la Constitución Nacional, los deberes y responsabilidades de las partes y de sus apoderados. El artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, que hace referencia a los deberes de las partes, a proceder con lealtad y buena fe.

No todos los documentos alcanzan esta presunción de autenticidad, según el doctor Parra Quijano, se puede pensar en dos posturas de pensamiento:

1. Los documentos privados manuscritos o suscritos; dentro de esta concepción se ubica la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que en efecto dice:

Desde luego todo lo dicho no se aplica a los instrumentos no firmados o manuscritos por la parte a quien se oponen, pues ellos con arreglo al artículo 269 del CPC, solo tiene valor probatorio si fuesen aceptados expresamente por ellos o por sus causahabientes (Sentencia marzo 8 de 1999).

La misma consideración hizo la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, aceptando la presunción de autenticidad del artículo 11 de la Ley 446/98, pero solo para los documentos privados suscritos.

2. La de quienes consideran que la Ley 446/98 en su artículo 11, se refiere a todos los documentos enunciados en el 251.

El doctor Hernán Fabio López Blanco sostiene:

si la Ley 446/98 no distingue o diferencia entre documentos originales o en copia, firmados o sin firmar, manuscritos o realizados por medios mecánicos, no es adecuado interpretar que debemos entender que opera únicamente para originales o los que están manuscritos o firmados y menos basados en normas que precisamente la nueva ley vino a derogar”*.

Cuando el documento tiene signos de individualidad se presume su autenticidad para aportarlo en el proceso o imputarlo por la contraparte.

* Citado por el doctor Parra Quijano.

Cuando el documento no tenga esos signos de individualidad opera el reconocimiento tácito.

El artículo 55 del CPL establece la inspección judicial como medio de prueba, como una forma de verificación de hechos alegados. Esta hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observadas por el juez. Este medio permite al funcionario judicial examinar hechos o cosas; el juez las realiza de manera directa y personal; es misión exclusiva del funcionario, no susceptible de delegación. Debe por tanto dar testimonio en el acta de lo que vio y observó. De manera, que el juez examine y reconozca lo que es materia de prueba y así lo exprese al documentar la actuación. El juez designa perito siempre y cuando sea necesario que le asesore en asuntos que requieran conocimientos especiales, o cuando se presenten graves y fundados motivos para aclarar hechos dudosos según lo estipulado en el artículo 55 CPL; en esta diligencia debe estar presente el juez.

Este medio de prueba es una alternativa para el funcionario de tener un panorama objetivo de lo percibido y un criterio propio de lo que dio lugar a los hechos alegados; actuando de acuerdo al principio de la libre apreciación de la prueba, donde el juzgador forma libremente una convicción acerca de los hechos controvertidos, mediante las pruebas aportadas al juicio cierto, ya que en el Derecho Laboral no simplemente se mira el interés público de los asociados. Además, en la *litis* el juez en materia laboral está obligado a buscar la verdad real de los hechos y a fallar en consonancia con la verdad.

En la nueva Ley 712/01 se incorporan algunas reformas; por ejemplo: en el artículo 56 actualiza el valor de las multas, en el artículo 37 CPL en cuanto a la proposición y sustanciación de incidentes, el artículo 38 que se refiere al rechazo y admisión de incidentes; aquí hay un punto relevante

y es que en las Leyes 712/01,105/31 artículos 145 CPL, 135 CJ, el trámite incidental como en el caso de estos artículos no fue previsto por el legislador, por ejemplo el artículo 56 del CPL, surgiendo un interrogante de por qué el legislador no creyó conveniente incorporarlos en dichas disposiciones.

Al respecto la Corte preceptúa:

para saber pues, si una cuestión accidental pertinente en el proceso admite el incidente, es necesario que así lo disponga el legislador de manera expresa. Si así no ocurre, le está prohibido al juez darle el trámite incidental, pues al respecto sus facultades son regladas y no discrecionales. Para la solución del punto no sería pertinente acudir a la norma del artículo 40 CPL que autoriza el juez para prescribir en forma determinada cuando para el acto procesal de que se trata no lo haya previsto el legislador, porque el artículo 56 de la norma es normativo en su integridad de la situación procesal que contempla sin subordinar su aplicación a formalidad alguna ulterior. Basta que en el acto de la inspección la parte que deba colaborar a su práctica se rehúse sin razones valederas, que el juzgador aprecie libremente, para que en la sentencia le dé aplicación al artículo 56. No abre esta la puerta al incidente y no lo reclama texto alguno del procedimiento civil y del trabajo. Exigir, pues, la ritualidad incidental como condición previa para darle cabida a las sanciones que la previsión establece, es impertinente, porque el principio sobre el uso de las formas en el proceso no es arbitrario del juez, puede utilizarlo sin salirse de las prescripciones que al respecto traza la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 4 de julio de 1960).

La conciliación es un mecanismo que no es nuevo en el ordenamiento laboral, pero actualmente se utiliza con más frecuencia, ya que pone fin al proceso y propone toda composición amistosa entre las partes con el encarecimiento de que el juez la procure en una de las etapas del juicio.

Según el doctor Parra Quijano la confesión no constituye confesión aunque ambas puedan ser impulsadas por el deseo de terminar con el desacuerdo.

Pero tampoco significa que las versiones dadas por las partes no tengan el valor de testimonio y que el juez tenga que desestimarlas totalmente (Parra, p.514).

La Corte dice:

Lo anterior no quiere decir que las posturas de las partes deban ser desechadas por el juez de plano. Ello sería contravenir el principio de libre formación del convencimiento; mas esos datos no deben ser asimilados por el juzgador a verdad inconcusa con validez de confesión legal, sino que podrán ser tenidos como acervo indiciario coadyuvante del mismo criterio en la apreciación de los hechos. No podrá negárseles que tales indicios siempre que vayan apoyados con otras probanzas, pueden ser un invaluable aporte a la configuración de la verdad real. Pero resulta inadecuado tomarlos por sí solos como confesión (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, 16 de septiembre de 1958).

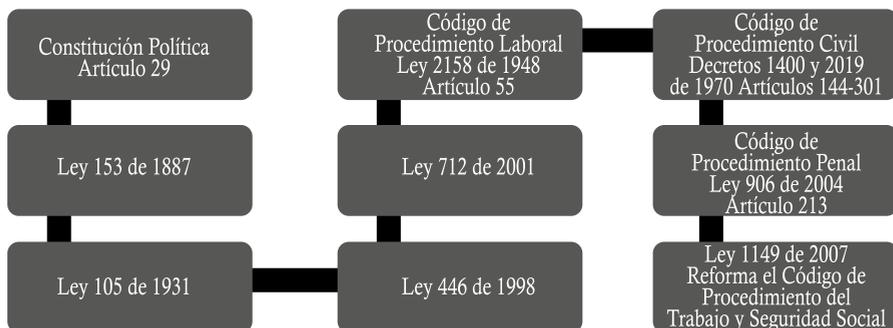
En consecuencia, según lo preceptuado por la Corte la conciliación no debe tomarse como confesión, sino como indicio de que las partes buscan una nativa diferente al proceso contencioso. Todos los medios de prueba han sufrido reformas en cuanto al procedimiento para practicarlos, el valor de cada medio con respecto al otro, y la importancia que le dé el sistema judicial de cada época a cada uno o a uno en especial. En conclusión, de acuerdo a como se practiquen y la pertinencia de cada uno de estos medios probatorios en los diferentes procesos se podrá considerar la eficacia de cada instrumento probatorio.

En el ordenamiento jurídico colombiano el uso de los medios probatorios para demostrar la veracidad de la prueba fue deducido por la Constitución de 1886 en el artículo 26 que consagraba: “El derecho de ser juzgado observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Al expedirse la nueva Constitución del 91, se reglamenta el derecho de defensa en el artículo 29 que establece:

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento, un debido proceso público en delaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Consagrada esta disposición en el orden constitucional trae como consecuencia la adopción de un método experimental, para llegar a una certeza objetiva encontrándose este método contenido en una norma de categoría constitucional y por ende otras disposiciones como el Código de Procedimiento Civil.

Por su parte la Ley 1149 de 2007, por la cual se reforma el Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social, hace efectiva la oralidad en los procesos laborales en su artículo 53. Establece el rechazo de prueba y diligencia inconducente. El juez podrá en decisión motivada, rechazar la práctica de prueba y diligencia inconducente superflua, en relación con el objeto del pleito; estableció la limitación del número de testigos. Teniendo en cuenta que el juez está sujeto al principio de la libre formación del convencimiento, tiene la libertad de examinar las pruebas que obren en los autos de legal forma exceptuando las pruebas solemnes. También puede decidir basándose en los medios probatorios que estime suficientes para formar su convencimiento.



REFERENTES TEÓRICOS

• JORGE CARDOZO

“La actividad de probar nos exige demostrar a otro la verdad de algo” (*Pruebas Judiciales*), partiendo de esta premisa, la legislación laboral colombiana contempla en los articulados comprendidos entre el 51 al 61 del Código de Procedimiento Laboral las disposiciones relativas a la prueba y sus medios en los asuntos de carácter laboral.

• DEVIS ECHANDÍA

Distingue cinco fases de la evolución de las pruebas judiciales: La ética, la religiosa, la legal, la sentimental, la científica, que es la que actualmente es utilizada en la norma procesal moderna (*Teoría General de la Prueba Judicial*).

• FRANCESCO CARNELUTTI

Afirma que **La fuente de la prueba es el hecho representativo** y quienes representan estos hechos en el proceso a través de la pretensión y de la excepción de mérito son exclusivamente las partes; ellas son las únicas que conocen sus averiguaciones, su verdad y, por tanto, pueden sustentarlas. Se tiene entonces derecho a la inspección judicial, y ello implica que las partes se sirvan de la mayor cantidad de estas para demostrar la verdad de los hechos que afirman, y en el ejercicio de esta actividad deberán seguir

determinadas reglas que gobiernan las pruebas, como: normas que rigen o excluyen pruebas, normas que regulan el valor de estas, y todo ello influye en la valoración y argumentación de las mismas, ya que la inspección judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento.

Las pruebas son la base para la demostración de los hechos, es fundamental conocer que en todo proceso deben respetarse y acatarse los principios generales que gobiernan el Derecho probatorio, pues con la aplicación concreta y clara de tales principios estaremos cumpliendo con los presupuestos necesarios que debe tener el desarrollo adecuado de la etapa probatoria en el proceso. Esos principios son: Autorresponsabilidad, libre apreciación, unidad, adquisición, inmediatez, publicidad, contradicción, necesidad, oportunidad, y economía procesal, los cuales deben aplicarse en la fase probatoria, y aún más, a cada uno de los medios de prueba y así garantizar un debido proceso, de tal forma que, el desarrollo de una etapa probatoria desconociendo, por ignorancia o deliberadamente, los principios anotados, llevará a decisiones inadecuadas que seguramente serán modificadas en instancias superiores.

Entre los principios señalados debe observarse que no existe un orden de precedencia o importancia por el hecho de la numeración o secuencia que se adopte, sino que todos son igualmente importantes y su orden es aleatorio. Por el hecho de nacer estos principios de la norma adjetiva civil, es por ello que se hace referencia al Código de Procedimiento Civil señalando el artículo en el cual se encuentran consagrados, y se hace referencia “al Juez” entendiéndose ese término genéricamente a todo funcionario del Estado que debe tomar decisiones basadas en pruebas.

• JORDI FERRER BELTRÁN

En donde se busca acreditar la verdad o certeza de los hechos controver-

tidos. En ese sentido, el doctor Jordi Ferrer Beltrán, docente investigador de la Universidad Gerona de España, ha afirmado que **la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad** de las proposiciones en el marco del proceso judicial. La finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez con independencia de su relación con lo ocurrido; la prueba se alinea en ese sentido a la consecución de una certeza objetiva, y para llegar a ella necesariamente debe hacerse uso de uno de los elementos que integran la prueba, que es el derecho que se tiene a una valoración racional de las pruebas practicadas.

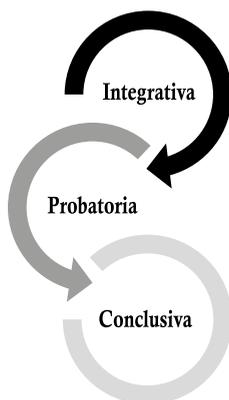
• HERNÁN FABIO LÓPEZ

La inspección judicial como una forma de verificación de hechos alegados.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

✓1. El proceso tiene tres etapas que son:

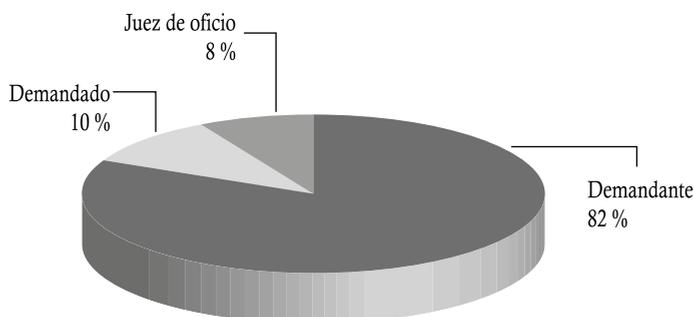
- a) La integrativa, durante la cual las partes presentan la demanda, contestación y reconvencción según el caso, sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquellas. Se integra la *litis*.



- b) La probatoria, práctica de los medios de prueba admitidos y alegatos de conclusión.
- c) La conclusiva, en esta fase se le pone fin al proceso en su primera instancia.

✓2. ¿Quién solicita la inspección judicial?

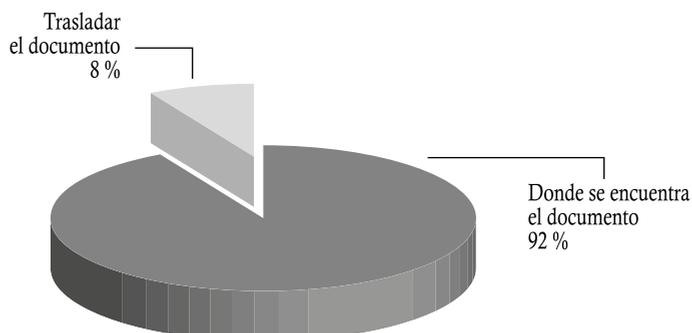
La inspección judicial es un medio de prueba solicitado por las partes en los procesos laborales de la ciudad de Barranquilla especialmente en la mayoría de los procesos por la parte demandante.



✓3. La solicitud de la práctica de la inspección judicial en el proceso ordinario laboral recae sobre documentos.



✓4. Los encuestados manifestaron que el lugar de realización de la práctica de la inspección judicial en materia laboral debe realizarse donde se encuentre, lo que es objeto de inspección judicial.



✓5. El procedimiento para solicitar la práctica de la inspección judicial es:

a) Solicitud o petición de la práctica de la inspección judicial

Por escrito con la presentación de la demanda o con la contestación.

b) Precisar el objeto materia de la prueba

Indicar las razones que justifiquen la solicitud de la práctica de la inspección judicial.

c) Decretar la práctica de la prueba

De lo anterior se advierte que las pruebas deben referirse a todos los hechos contenidos en la demanda y contestación que no hayan sido confesados por las partes que perjudiquen, puesto que los oferentes al proporcionar la prueba de inspección, si no precisan y detallan cuáles son los documentos relacionados con la *litis* y el objeto de la misma, no debe ser admitida y, por lo tanto, procede su rechazo.

d) Se indicará el lugar donde deba practicarse: Casi siempre el despacho

Una vez admitida la prueba por el juez, señalará día, hora y lugar para su práctica, y en su caso comisionará al actuario para que lleve a cabo el actor si los objetos o documentos obran en poder de una de las partes; los apercibirá que de no exhibirlos se tendrá por ciertos presuntivamente los hechos que se pretenden probar. Y si están en poder de tercero ajeno a las

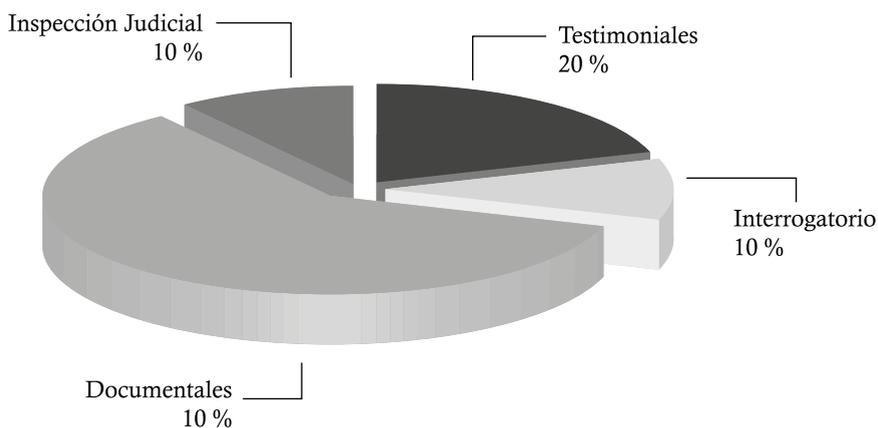
partes, lo apercibirá de aplicarle los medios de apremio que señala la ley, si se niega a mostrarlos.

e) Se precisarán los documentos que deban ser examinados

f) Celebración de la audiencia

Las partes y sus apoderados pueden concurrir a la diligencia de inspección y formular las objeciones u observaciones que estimen pertinentes; y de la diligencia se levantará acta circunstanciada, que firmarán los que en ella intervengan, la cual se agregará al expediente, previa razón en autos.

✓6. ¿Con qué otros medios de prueba concurre la inspección judicial en materia laboral?

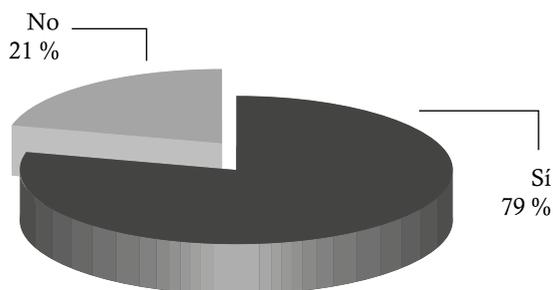


✓7. Es importante mencionar que la doctrina jurídica ha destacado las siguientes características de la inspección judicial:

- Es personal, por cuanto es el juez quien obtiene la información de los objetos sobre los cuales recae.
- Es directa, porque el conocimiento de los hechos le llega al funcionario por percepción o por relación inmediata con el objeto.
- Es crítica o lógica, por carecer de función representativa y obtener el juez el conocimiento de la propia cosa examinada.

d) Es simple, por cuanto por sí sola le suministra el juez el conocimiento de los hechos (Azula, 2000).

✓8. ¿Cree usted que es necesario que para la realización de la inspección judicial el juez laboral se asesore de auxiliares de la justicia?



✓9. ¿Considera razonable que la práctica de la inspección judicial se realice sobre documentos que tiene en su poder la parte a quien se le imputan los hechos?

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones se decantan las siguientes afirmaciones:

1. La inspección judicial se encuentra definida en el Código Penal; en el Código de Procedimiento Civil indica su procedimiento, mientras que el Código Procesal Laboral se refiere a ella como un medio de prueba.
2. Se reconoce que por analogía frente a los vacíos del Código Procesal Laboral se debe remitir al Código de Procedimiento Civil.
3. Es importante volver a mencionar que el uso y la importancia de la inspección judicial dentro del proceso laboral juega gran importancia cuando decimos que es ahí precisamente donde el juez toma gran convencimiento de las pruebas con los documentos examinados y que puedan ser allegados al proceso, convirtiendo de tal manera este tipo de prueba es la más importante dentro del procedimiento laboral.

4. Partiendo de que los investigadores tienen como propósito macro que desde la universidad con mediación de la investigación el fortalecimiento del Derecho Laboral a manera de conclusión determina que la inspección judicial requiere ser contextualizado y reglamentado en el Código Procesal Laboral.
5. Se determinó que la inspección judicial no ha sido eficaz, oportuna, ni eficiente; en un porcentaje alto los abogados manifestaron que ellos la están solicitando pero luego la han rechazando.
6. La inspección judicial es un medio de prueba solicitado por las partes en los procesos laborales de la ciudad de Barranquilla, especialmente en la mayoría por la parte demandante.
7. En un 100 % los jueces y abogados litigantes consideran que la prueba de la inspección judicial es a solicitud de parte.
8. La solicitud de la práctica de la inspección judicial en el proceso ordinario laboral recae sobre documentos.
9. Los encuestados manifestaron que el lugar de realización de la práctica de la inspección judicial en materia laboral debe realizarse donde se encuentre, lo que es objeto de inspección judicial.
10. Los abogados litigantes en un 80 % están renunciando a la solicitud de la práctica de la inspección judicial.
11. Los jueces encuestados consideran que la inspección judicial como medio de prueba reúne los requisitos de ser útil, conducente, eficaz y pertinente, para ser un medio de prueba idóneo en un proceso laboral.
12. Consideran los jueces que la inspección judicial como medio de prueba acerca al juez al pronunciamiento dentro de un proceso laboral.
13. Consideran los jueces que la práctica de la inspección judicial influye en la decisión judicial de un juez laboral.
14. Con suma preocupación los jueces expresan que la inspección judicial reúne los requisitos de un medio de prueba idóneo.
15. Puede la práctica de la inspección judicial ser determinante en la etapa probatoria y resolución de un proceso laboral. Teniendo en cuenta que

tanto la inspección judicial puede aclarar al juez dudas que se hayan obtenido mediante la práctica de otros medios probatorios.

16. A pesar que la investigación se realizó antes de implementarse la oralidad a manera de nuevo interrogante se continuarán estudiando los medios de prueba con la implementación del nuevo sistema.

REFERENCIAS

- Angulo Ariza, F. S. & Parra Aranguren, F. I. *Temas de Derecho Procesal: libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza*, Volumen 1.
- Bentham, J. *Tratado de pruebas judiciales*.
- Bermudes Cisneros, M. *La carga de la prueba en el Derecho del Trabajo*.
- Borja Niño, M. A. *La prueba en el Derecho colombiano*.
- Calvo, J. & Gumucio, W. *Legislación y práctica forense en el Derecho Laboral: Ley General del Trabajo*.
- Campo Rivera, D. (2003). *Derecho Procesal Laboral*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Cardozo Isaza, J. (1979). *Pruebas judiciales*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de julio de 1980. Pon. Dr. Germán Zuloaga. No publicado oficialmente
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 16 de septiembre de 1958.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 4 de julio/60, G.J.T. XCIII, I parte, pp. 324 y ss.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de febrero/73, M.P. Alfonso Peláez Campo, *Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo II, (14), 104.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia marzo 8/99. M.P. Roberto Herrera Vergara, Revista *Legis*. Mayo/99.
- Dellepiane, A. *Nueva Teoría de la Prueba*. Novena edición.
- Denti, V. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Cali: Universidad Libre.

- Devis Echandía, H. *Compendio de Derecho Procesal*.
- Devis Echandía, H. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomos I y II.
- Devis Echandía, H. (1970). *Teoría General de la Prueba*. Buenos Aires, Argentina.
- Gorphe, F. *La apreciación de las pruebas*.
- Mittermaier (1959). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Novena edición. Madrid.
- Núñez Cantillo, A. (1987). *Procedimiento civil en la práctica*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Obando, J. M. (2002). *Derecho Procesal Laboral*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Ospina Quintero, T. (1985). *Práctica forense penal*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídicas Wilches.
- Parra Quijano, J. *Manual de Derecho Probatorio*. Cuarta edición.
- Reyes Alvarado, Y. (1989). *La prueba indiciaria*. Bogotá, Colombia: Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda.
- Reyes Echandía, A. (1987). *Derecho penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Rodríguez, G. H. *Derecho Probatorio colombiano: Compendio, pruebas civiles, penales y laborales*.
- Stein, F. *El conocimiento privado del juez*.

CAPÍTULO IX

Una Introducción al Derecho Probatorio de los Estados Unidos a Partir de las Fuentes del Derecho*

*DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA***

* Este capítulo es producto de la investigación doctoral que realiza el autor en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

** Docente investigador de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Procesal y Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la misma universidad. dagudelo@udem.edu.co

INTRODUCCIÓN

El Derecho Probatorio de los Estados Unidos ha influenciado fuertemente el Derecho Probatorio de muchos países alrededor del mundo, sin importar la cultura jurídica del país receptor. Sin embargo, al consultar textos de Derecho Probatorio poco se menciona acerca del contexto en el que se desarrolla la práctica probatoria en los Estados Unidos. Es por esto que a través de este corto escrito se pretende aproximar al lector hacia este amplio y desconocido universo para los estudiantes y académicos del Derecho de los países de tradición jurídica civilista *civil law**.

Para esto es necesario tener en cuenta que no obstante ser Estados Unidos un país perteneciente a la tradición jurídica del *common law*** , por su

* Por *civil law* o tradición civilista, se hace referencia al Derecho de origen romano, originado en el año 450 a.C. y que migró por la obra de las conquistas a los territorios ocupados por los romanos, principalmente, los países europeos, quienes llevaron este sistema de Derecho a los países de América Latina y América Central, entre otros, dentro de los cuales se encuentra Colombia. Debido a esa tradición del Derecho romano, aunado a la influencia que ejerció la Iglesia Católica en la formación del procedimiento civil, se denomina a la tradición civilista como tradición romano-canónica.

** El *common law* tiene diversas acepciones de acuerdo al contexto desde el cual se observe, de manera que se pueden indicar tres acepciones básicas de este concepto: el primero de ellos se refiere a la parte del Derecho inglés que se formó en Inglaterra a partir de la Conquista Normanda en el año 1066 y que consistía en tribunales reales caracterizados por decidir conflictos entre particulares, mediante las costumbres locales de la época. En segundo término, el *common law* se refiere a la tradición jurídica en general que existe actualmente en todo el territorio inglés e incluye los países que forman el Reino Unido (Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda). El tercer concepto es el más amplio y generalmente el más conocido, este incluye el sistema jurídico que se ha extendido alrededor del mundo mediante la conquista por parte de Inglaterra de nuevos territorios e incluye a Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, algunos países ubicados en las islas caribeñas, Suráfrica y la India.

Aunque la tradición del *common law* se aplica en Canadá, producto de la conquista de esta región por parte de Inglaterra, en este país existe una provincia en la cual la tradición jurídica es diferente a la del *common law*, la provincia de Quebec, en la cual, dado el dominio de Francia en este territorio, adoptó la tradición civilista. Esta situación tan particular también se presenta en Estados Unidos en el Estado de Luisiana, donde se aplica la tradición civilista. Lo anterior indica que todo sistema jurídico posee características de sistemas jurídicos foráneos y en este sentido, la herencia histórica juega un papel importante en la formación jurídica de cada país.

Esta herencia ha sido trascendental en la formación de los dos países más importantes de la tradición del *common law*: Estados Unidos e Inglaterra, cuyo sistema jurídico han conservado acorde a sus tradiciones a través de la historia y ha permeado los sistemas jurídicos de otros países. Sin embargo, el sistema jurídico de los Estados Unidos es el que más influencia ha ejercido en los países de tradición civilista ya que su organización judicial es bastante similar a la existente en los países de tradición civil.

herencia jurídica recibida del Derecho inglés, amplia recepción han tenido las instituciones jurídicas de ese país en países que siguen tradiciones jurídicas diferentes, como es el caso de América Latina que seguimos la tradición jurídica civilista o también llamada *civil law*. De este modo, hemos implementado instituciones que tienen sus orígenes en aquel país del norte, como son los juicios orales y públicos, el sistema acusatorio, el principio *staredecisis*, entre otros (Agudelo, 2013).

En cuanto al Derecho Probatorio es conocida su influencia en varios países, incluido Colombia, que hemos sido receptores de sus teorías como es la famosa teoría del fruto del árbol envenenado o las reglas de exclusión probatoria. Pero lo que hace extraño el Derecho Probatorio de los Estados Unidos, si se analiza desde las fuentes del Derecho, es que la fuerza de las normas en materia probatoria no se encuentra en la jurisprudencia, como podría pensarse, sino en la ley. Esto es extraño en un sistema jurídico que se ha caracterizado por la fuerza del precedente, como se indicará a continuación.

1. LA JURISPRUDENCIA (*CASE-LAW*)

En los países que siguen la tradición jurídica del *common law*, incluido los Estados Unidos, la jurisprudencia, como decisiones de los altos tribunales judiciales, es conocida con el nombre de *case-law* y ha sido tradicionalmente la característica más importante de este sistema jurídico, lo cual lo hace

Debido a las diferentes acepciones del término *common law*, como se indicó anteriormente, es necesario hacer claridad sobre los términos Derecho Anglosajón y Derecho del *common law*, ya que acerca de estos existen diferencias. Una primera diferencia la constituye el hecho de que el Derecho Anglosajón es el Derecho perteneciente a la primera fase de formación de la cultura jurídica de Inglaterra, esto es, desde el siglo VI, posterior a la caída del Imperio Romano, y los años previos a la conquista de los normandos, ocurrida en el año 1066. El derecho del *common law*, por su parte, se refiere al sistema jurídico formado con posterioridad al año 1066, gracias a la invasión normanda, la cual ha permanecido hasta nuestros días; se sigue en los países conquistados por Inglaterra e incluye a la jurisdicción de la *equity*, como se explicará en las páginas siguientes.

No obstante que el término *common law* tiene diferentes connotaciones, este se empleará para hacer referencia a las decisiones de los jueces de los Estados Unidos e Inglaterra, salvo cuando se trate de tribunales del *common law*, lo cual deberá ser entendido en el sentido de los tribunales existentes en Inglaterra con posterioridad al siglo XI, luego de la invasión normanda.

particularmente diferente de las demás tradiciones jurídicas. Se compone de reglas, principios y elementos de juicio que han sido creados a lo largo de la historia por los jueces para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Este conjunto de reglas se conoce con diferentes nombres en la doctrina jurídica: precedente vinculante, precedente judicial o *staredecisis* y son de obligatorio cumplimiento para los jueces inferiores en asuntos que se basen en los mismos hechos. Esta fuente de producción desarrolla un método inductivo, partiendo del caso particular, confrontándolo con casos similares que han sido juzgados por jueces de jerarquía superior.

La parte más importante de estas sentencias (*rules*) es la denominada *ratio decidendi* que constituyen los principios, razonamientos o argumentos que utiliza el juez para adoptar su fallo. Tienen efectos *erga omnes*, esto es, son de obligatorio cumplimiento para los jueces inferiores que deben fallar respetando el criterio enunciado por los jueces superiores, con la excepción de la Corte Suprema de Justicia en Estados Unidos, que no está obligada a seguir su precedente si sus miembros, mayoritariamente, consideran que existen razones de peso, en defensa de la justicia, para apartarse del precedente.

Los casos más representativos para el Derecho y que constituyen precedente judicial, se recogen en libros que inicialmente se denominaron *Year-Books*, pero a partir de 1870 se conocen con el nombre de *Lawreports*, que de alguna forma son similares a la conocida *Gaceta Judicial* que hay en Colombia. Esto no quiere decir que exista un sistema de reglas de manera codificada como en el *civil law*, sino que las decisiones judiciales más representativas, son seleccionadas por juristas y luego impresas en colecciones que tienen por objeto facilitar la consulta, lo cual no obsta para que las decisiones más representativas de los altos tribunales de justicia tengan una aparente connotación de reglas.

La forma en que estas decisiones se convierten en precedente, dando la

apariencia de reglas, se menciona por Schauer, citado por Waluchow (2009, p. 287) en el siguiente sentido:

Los jueces del *common law* toman, en cambio, decisiones aplicando principios jurídicos contenidos en las colecciones de opiniones judiciales previas, siendo cada una de esas opiniones la explicación y justificación escrita de la decisión en un caso particular. A medida que aumenta la cantidad de esas opiniones, ciertas justificaciones se repiten y ciertos principios se consolidan. El resultado de esto, es el desarrollo de una serie de prescripciones generales tales como “los contratos deben basarse en el libre consentimiento de las partes” (...). Estas prescripciones generales tienen la apariencia de reglas, y en cualquier sistema de *common law* bien desarrollado, los abogados tendrán la habilidad de referirse a reglas; las opiniones de los jueces citarán reglas y los tratados compilarán reglas (...). En consecuencia, con el tiempo parecerá que existen “reglas” sobre responsabilidad, contratos, propiedad, etc., aunque el conjunto de tales reglas no exista en ninguna parte de forma canónica y codificada.

1.1. La jurisprudencia y las reglas federales en materia probatoria

En materia probatoria, un abogado de la tradición civilista, al emprender el estudio de un caso por primera vez, podría pensar que deberá encontrar en la jurisprudencia las reglas que necesita para abordar el estudio del caso. Sin embargo, actualmente la jurisprudencia ha perdido un espacio preponderante que tenía como principal fuente del Derecho. Ahora mismo, la principal fuente del Derecho en materia de pruebas es un compendio de reglas denominado *Federal Rules of Evidence*, que se puede traducir como Reglas Federales en Materia Probatoria o Reglas Federales de la Prueba.

Solo en situaciones muy específicas lo que no esté expresamente consagrado en las Reglas Federales en Materia Probatoria, deberá ser identificado en la jurisprudencia de las Altas Cortes. Este es el caso, por ejemplo, de

los estándares de prueba. Aquí el litigante en Estados Unidos deberá referirse a los casos emblemáticos (*landmark cases*) que han sido decididos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, o en los casos en donde hallan dudas acerca de la admisibilidad de una prueba; el abogado litigante deberá estudiar y fundar cautelosamente su posición basándose en los casos más emblemáticos de los Estados Unidos, al respecto: A) Frye contra los Estados Unidos. B) Daubert contra Merrell Dow Pharmaceuticals. C) Joiner contra General Electric Co. D) Kumho Tire Co., Ltd. v Carmichael.

2. LA LEY Y LAS REGLAS FEDERALES EN MATERIA PROBATORIA

La Ley (*act*) ha sido considerada tradicionalmente en el Derecho de los Estados Unidos como una fuente subsidiaria del Derecho. La ley emitida por el Congreso de ese país se ha considerado que no tiene valor jurídico por sí sola hasta tanto sea interpretada por los jueces en su jurisprudencia. En este sentido, una ley pudo haber sido expedida debidamente por el órgano competente para un caso específico y, sin embargo, a falta de precedente judicial, los jueces y juristas podrían considerar que no existe norma aplicable al caso. La expresión *There is no law in the case* es muy utilizada por los jueces ante esta situación.

La razón de esta exigencia previa para la validez de una ley, radica en la desconfianza del juez angloamericano por ver incorporadas reglas al sistema jurídico que pueden afectar la tradición del *common law*, basada históricamente en la jurisprudencia. El reconocido juez norteamericano Wendell Holmes, citado por André Tunc (1957, p. 402), afirmaba que el juez norteamericano no tiene que preocuparse por la intención del legislador, ya que su misión es investigar lo que las palabras significan. Es por lo mencionado que en el *common law* no se utiliza la famosa expresión civilista de ‘encontrar el sentido de la ley en el deseo del legislador’, ya que el sentido de la ley lo otorga el juez cuando la interpreta.

Lo mismo sucede en Inglaterra, país que sigue la tradición del *common law*. Al respecto, el reconocido comparativista David (2010, p.271) estimaba:

Lo esencial radica en que a la ley, en la concepción tradicional inglesa, no se le considera como la expresión normal del Derecho. Antes al contrario resulta un elemento un tanto extraño en este sistema de Derecho inglés. Es verdad que los jueces no dudarán en aplicarla, pero la regla que contiene la ley no será definitivamente admitida; no será plenamente incorporada al Derecho inglés hasta tanto haya sido aplicada e interpretada por las Cortes y en la forma y en la medida en que hayan hecho esta aplicación y esta interpretación. Más allá de lo que se pudiera imaginar, en Inglaterra no se menciona el texto de una ley, se hace referencia a las sentencias que habrán aplicado esta ley. Únicamente a través de estas sentencias el jurista inglés podrá efectivamente vislumbrar el significado exacto de una ley; es hasta este momento en el cual se podrá identificar la regla de Derecho que le es familiar, que es la regla jurisprudencial.

Sin embargo, desde años recientes, la función del órgano legislativo en este país parece seguir una tendencia que se asemeja al papel de los órganos legislativos de los sistemas jurídicos civilistas. Como se indicó anteriormente, el Congreso de los Estados Unidos ha expedido numerosas reglas en diferentes áreas del Derecho que en ocasiones pueden estar en oposición con las reglas creadas por los jueces. Esto ha generado un fuerte conflicto en este país entre el órgano legislativo y el judicial que ha llevado, incluso, a que el Congreso de los Estados Unidos restrinja las funciones del juez respecto a la norma, en el sentido que limita sus facultades y lo obliga a ceñirse a la literalidad de la norma.

Esto es más visible en temas complejos en los que, de acuerdo a la tradición del *common law*, su regulación debería ser producto de una minuciosa elaboración jurisprudencial. Este es el caso de asuntos relacionados con el matrimonio de parejas del mismo sexo, el aborto, la libertad religiosa,

el derecho a una muerte digna y derechos de las personas privadas de la libertad sobre los cuales el Congreso de los Estados Unidos ha legislado, a la vez que ha prohibido a los jueces hacer algún tipo de pronunciamiento respecto de la legislación expedida por este.

Lo mismo ha sucedido con las reglas probatorias, pues desde el año 1972 se expidieron las *Federal Rules of Evidence*, traducidas como Reglas Federales en Materia Probatoria, como un compendio de reglas de obligatorio cumplimiento por los jueces en todos los procesos judiciales y en todos los tribunales. Este compendio normativo se asemeja a los códigos que tenemos en los países del *civil law* como los códigos sustantivos o procesales.

Esto es extraño en un país que tradicionalmente ha defendido la institución de la jurisprudencia como fuente del Derecho y así ha sido reconocida internacionalmente; pero esto se debe a un cambio en las fuentes del Derecho que actualmente está soportando el Derecho de los Estados Unidos, donde la jurisprudencia deja de tener su papel protagónico y cede su trono como principal fuente del Derecho a las normas codificadas de creación por el órgano legislativo (Agudelo, 2013) o creadas por otras instituciones gubernamentales por mandato del órgano legislativo.

Estas Reglas Federales en Materia Probatoria desarrollan diversos temas, entre ellos: la relevancia y admisibilidad de la prueba, las presunciones en materia civil, las razones para la exclusión de los medios de prueba, los medios de prueba protegidos por inmunidades, la capacidad para testimoniar, la credibilidad del testigo, el dictamen pericial, las reglas para la autenticación y la identificación de los medios de prueba. Mediante la expedición de estas reglas, un número amplio de jurisprudencia sobre estos temas quedó sin valor por cuanto la expedición de las reglas imperó sobre el papel de los jueces, limitando así la función de estos en la solución de conflictos y con ello su papel de creadores de Derecho.

Esta situación no es pasiva en el Derecho de los Estados Unidos, tanto así que la asunción de poderes por parte del Congreso de ese país para limitar el papel de las Cortes y aplicar, en su lugar, la norma escrita y codificada ha recibido un nombre en particular: *Court Stripping*, que puede ser traducido como el ‘desmantelamiento de la Corte’, expresión con la cual se pretende hacer alusión al proceso de pérdida de poderes y funciones por parte de los jueces*.

Este fortalecimiento de la función legislativa en países que siguen la tradición del *common law* no es exclusivo de los Estados Unidos, otros también viven una situación similar. Este es el caso de Australia e Inglaterra que actualmente poseen códigos en las áreas del Derecho de bancarrota, propiedad intelectual, regulación bancaria, antimonopolio, seguridad y tributario (Funken, 2003).

Al respecto el juez Calabresi (1985) sostenía que los Estados Unidos habían entrado en la era del Derecho legislado. Una expresión que podría predicarse de los demás países de la tradición del *common law*.

Una teoría que explicaría lo anterior, podría ser el hecho que la producción del Derecho en el *common law* se realiza caso por caso y, como lo había manifestado Merryman (1981), “los tribunales son incapaces de escribir suficientemente rápido la mayoría de las reglas que una sociedad aparentemente necesita”. Incluso, actualmente, cuando se busca información acerca de las fuentes del Derecho en los Estados Unidos, varios autores llegan a afirmar que el Derecho legislado viene siendo actualmente, la principal fuente del Derecho.

* Un estudio acerca de este fenómeno se encuentra en el texto de Bazan, E. *et all.* (2005). *Congressional authority over Federal Courts*. CRS report for Congress. Disponible en <https://openocrs.com/document/RL32926/>. Otros artículos son: Resnik, Judith (1998). “The Federal Courts and Congress: Additional Sources, Alternative Texts, and Altered Aspirations”. Yale Law School. Faculty Scholarship Series. *Paper 778*; Frost, Amanda. Congress in Court. 59 *UCLA Law Review*, 914, 2012.

Por lo mencionado, y como lo afirma Funken (2003), retomando a Merryman, es probable que en las diferentes áreas del Derecho, incluido el Derecho Probatorio, se le exija a los jueces del *common law* llenar las lagunas jurídicas a través de analogías, en forma similar a como lo realizan los jueces del *civil law*.

3. OTRAS FUENTES Y LAS REGLAS PROBATORIAS

3.1. La costumbre

Se considera que el Derecho del *common law* está basado en la costumbre como una de las fuentes más importantes en su producción. Existen tres tipos de costumbre como fuente de Derecho en el *common law*: La costumbre general, también denominada inmemorial; la costumbre mercantil y la costumbre local. Se identifica como costumbre inmemorial la existente desde el año 1189 durante el reinado de Ricardo I y establecida por el Estatuto de Westminster de 1275 para determinar la calidad de “inmemorial” de una costumbre. La costumbre mercantil se identifica como la existente desde la época medieval y que fue establecida con el fin de regular el tráfico mercantil de la época. La costumbre local ha de ser observada por la mayoría de la población para que sea tenida en cuenta por el Tribunal y debe estar acorde con el Derecho objetivo. En este mismo sentido, en el momento en que el Tribunal acepta una costumbre local, esta deja de serlo para convertirse en Derecho.

Si bien la costumbre fue una fuente de Derecho importante en los inicios de la tradición del *common law*, esta no ha sido tan importante dentro del período posterior al siglo XI. René David (2010, p.300) consideraba que la costumbre no era más que la justificación de las decisiones de los jueces: “La costumbre general inmemorial del Reino, sobre la que se asentó teóricamente el *common law*, nunca pasó de ser una simple ficción, concebida con el propósito de apartar de los jueces la sospecha de arbitrariedad”, igualmente, el mismo autor (2010, p.314) afirmaba que el *common law*,

desde sus orígenes ha sido fundado en la razón, disimulada bajo la ficción de la costumbre general “inmemorial” del reino.

En la actualidad, las decisiones de los jueces del *common law* no se soportan en la costumbre, sino en las decisiones que han sido adoptadas previamente por otros jueces; normalmente no se acude a la costumbre como fuente de Derecho para dar solución a un caso particular. En caso de que no haya jurisprudencia sobre la materia, los jueces fallan haciendo alusión, no a la costumbre, sino a principios generales del Derecho como la libertad, la igualdad o la justicia.

Sin embargo, Buckland (1994, p.72) afirma de la siguiente manera que todos los sistemas jurídicos tienen su base en la costumbre:

Quizá pudiera decirse que el Derecho comienza, en todas partes, por la costumbre, en el sentido de que cuando una autoridad central comienza a intervenir en el ajuste de disputas, las reglas que aplica son fundamentalmente las reglas de la conducta que han sido observadas de forma habitual por sus miembros de la comunidad en sus relaciones recíprocas.

Si bien la costumbre pudo haber sido una importante fuente del Derecho para los países del *common law* en algún momento de su historia, actualmente esta fuente puede considerarse erradicada, más aun en el campo del Derecho Probatorio por cuanto las Reglas Federales de la Prueba se constituyen en el cuerpo normativo a seguir en asuntos relacionados con las pruebas. De manera que la presentación en juicio de argumentos relacionados con la costumbre deben ser totalmente excluidos del proceso, por encontrarse esta fuente en real desuso.

3.2. La doctrina

En el *common law*, la doctrina históricamente ha estado limitada a las obras más representativas de algunos doctrinantes, especialmente, jueces

que han desarrollado un papel importante dentro de este sistema judicial. Son reconocidas por ejemplo, las obras de Oliver Wendell Holmes Jr. y Jerome Frank, este último famoso por su papel dentro de la formación del realismo jurídico norteamericano. Otras obras clásicas son consideradas como libros de autoridad y por tanto constituyen fuente de Derecho en el *common law*.

André Tunc y Suzanne Tunc (1957, p.419), en su obra *El Derecho de los Estados Unidos de América*, expresaron que la doctrina no es fuente del Derecho en el *common law*, por cuanto la doctrina solo es una fuente persuasiva del Derecho, no una fuente de autoridad. Sin embargo, en la práctica del juicio oral es común observar que los abogados hacen alusión a obras clásicas del Derecho como soporte de sus afirmaciones, lo cual le resta credibilidad a las afirmaciones de los Tunc.

Es de anotar que el papel de la doctrina como fuente del Derecho entra en acción, al igual que en los países de tradición jurídica *civil law* cuando el precedente encontrado en el universo de decisiones de los jueces sobre un caso en particular es poco claro o no se ajusta a los hechos puestos en conocimiento del Tribunal, situación que da la oportunidad a la doctrina para entrar a suplir vacíos por no existir reglas jurisprudenciales aplicables al caso sometido a juicio.

En este evento estos vacíos, por lo general, son suplidos por la doctrina elaborada por los autores clásicos del Derecho de los Estados Unidos, quienes soportan el renombre de depositarios del Derecho. Martha Morineau (2004, p.23) menciona que los autores clásicos de esta tradición y que por tanto constituyen doctrina en la actualidad son:

- a. Glanvill: en materia de propiedad raíz y Derecho Penal. Siglo XII.
- b. Bracton: sobre las formas de acción.
- c. Littleton: sobre la propiedad raíz.
- d. Fitzherbert: sobre el Derecho Procesal.

- e. Coke: trata sobre la generalidad del Derecho inglés.
- f. Howkins: sobre el Derecho y procedimiento penales.
- g. Hale: sobre la historia del Derecho Penal.
- h. Foster: sobre el Derecho Penal.
- i. Blackstone: sobre los principios del Derecho inglés.

A pesar de lo anterior, los doctrinantes modernos también tienen su espacio en asuntos probatorios dentro de las decisiones de los jueces del *common law*, dada la cercanía de sus tratados con los retos actuales que deben resolver los jueces. Es de este modo que en asuntos políticos, de derechos humanos, de bioética, entre otros, empiezan a ser tenidos en cuenta cuando los tratados desarrollados por los clásicos doctrinantes no ahondaron en estos aspectos. Es de esta manera que la doctrina no desconoce el precedente judicial o la regla del *staredecisis*, el cual conserva plena vigencia en el Derecho norteamericano, sino que los complementa.

CONCLUSIÓN

Se puede afirmar que en materia probatoria, en el Derecho de los Estados Unidos, la jurisprudencia ha perdido valor como principal fuente de Derecho. Su lugar tradicional ha sido ocupado por un Derecho codificado al estilo de los códigos procesales o sustanciales que tenemos en los países de tradición *civil law*.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia no ha perdido totalmente su valor, ya que en algunos casos esta es relevante para ayudar al juez a tomar la decisión de fondo, como es en el caso de las reglas sobre admisibilidad de la prueba como se mencionó, pero todo juez ha de guiarse principalmente por las Reglas Federales en Materia Probatoria. Lo que no esté expresamente contemplado en este “código”, debe ser encontrado en los precedentes desarrollados por los tribunales superiores y, en último caso, en la doctrina.

La importancia dada a la codificación en el Derecho de los Estados Unidos, entre muchas razones, puede obedecer a intereses políticos manifestados en la expresión *courtstripping*, con los cuales se pretende limitar el papel del juez en la interpretación y creación del Derecho y reducirlo a cumplir el texto literal de la norma.

REFERENCIAS

- Agudelo, D. (2013). El Derecho legislado en las tradiciones jurídicas occidentales. Un asunto paradójico. En *Proceso judicial y cultura*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Buckland, W. (1994). *Derecho romano y common law*. Madrid, España: Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Calabresi, G. A. (1985). *A common law for the age of statutes*. Cambridge, Inglaterra: Harvard University Press.
- David, R. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Undécima edición. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Funken, K. (2003). *The best of both worlds - The trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law System*. Disponible en URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461 [Consulta 2 de marzo de 2015].
- Merryman, J. H. (1981). Convergence and divergence of the civil law and the common law. *17 Stanford Journal of International Law*, 357.
- Morineau, M. (2004). *Una introducción al common law*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- Resnik, J. (1998). *The Federal Courts and Congress: Additional Sources, Alternative Texts, and Altered Aspirations*. Yale Law School. Faculty Scholarship Series, 778.
- Tunc, A. & Tunc, S. (1957). *El Derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Primera edición. México: Editorial Universidad Autónoma de México.

- Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- CRS report for Congress (2005). *Congressional authority over Federal Courts*. Disponible en URL: <https://openocrs.com/document/RL32926/>
- Federal Rules of Evidence*. Disponible en URL: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre> [Consulta 2 de marzo de 2015].

CAPÍTULO X

El Arbitraje Frente al Daño Ambiental como Método Alternativo de Solución de Conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia

*CAROLINA ISAZA**

*DORIS DEL CARMEN NAVARRO SUÁREZ***

*EDUARDO PALENCIA****

* Abogada, Especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas y Especialista en Derecho Financiero. Magíster en Derecho Administrativo. Docente Investigadora Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar de Barranquilla; miembro del grupo de investigación reconocido por Colciencias Tendencias Jurídicas Contemporáneas en la línea Estudios en Derecho Público, Administrativo y Constitucional.

** Abogada, Especialista en Derecho del Medioambiente; Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo; Maestranda en Derecho Procesal. Docente. Investigadora Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, miembro del grupo de investigación reconocido por Colciencias Tendencias Jurídicas Contemporáneas en la línea Estudios en Derecho Público, Administrativo y Constitucional.

*** Abogado, Magíster en Scientiarum en Derecho Público y Ciencia Política: Mención Ciencia Política. Docente Investigador Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, miembro del grupo de investigación reconocido por Colciencias Tendencias Jurídicas Contemporáneas en la línea Estudios en Derecho Público, Administrativo y Constitucional.

El objeto que se plantea en este documento se refiere al Instituto Jurídico del Arbitraje como mecanismo para la resolución de los conflictos por el daño ambiental. Debemos por lo tanto hacer un breve ejercicio por los conceptos de Estado Social de Derecho, los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, el daño ambiental y por supuesto el de arbitraje para que con la radiografía de su evolución no cause asombro, en el mejor de los casos, nuestro planteamiento de la transacción por laudo arbitral como forma de terminar los litigios del impacto ambiental y su daño como externalidad absolutamente negativa fundamentándonos en los principios constitucionales en Colombia y el mundo.

Porque como lo ha sostenido la doctrina, el derecho al medioambiente sano es subjetivo y es colectivo, como consecuencia hacen parte de los derechos de incidencia colectiva ya que está ligado de manera total con la calidad de vida y la salud de los seres humanos.

Este carácter de incidencia colectiva es lo que lo convierte como uno más de los derechos fundamentales pues su ejercicio, prevención y precaución son de carácter sustancial, es decir, priman sobre los demás.

Con la reforma introducida por la Ley 1437 de 2011 conocida como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entre lo más novedoso es la orden del nuevo pensamiento para los jueces. Este “cambio de mentalidad” del procedimiento y del contencioso administrativo, en sintonía teórica y práctica con la reforma de la norma arbitral colombiana, se encuentra en consonancia con lo que muchísimos doctrinantes han venido planteando, incluso desde épocas remotas sobre el alcance del Instituto del Arbitraje para resolver los conflictos que la humanidad viene evitando, muchos obstáculos que impiden terminarlos y de forma justa para las partes sin posibilidades de futuras confrontaciones o que dejen vestigios que causen nuevos litigios o querellas.

Toda esta teoría tiene además su fundamento en el derecho ambiental en uno de sus pilares adoptados constitucionalmente como es el principio de precaución o principio precautorio es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras ante las sospechas fundadas de que ciertos productos, actividades o tecnologías crean un riesgo grave para la salud pública o el medioambiente, pero sin que se cuente todavía con una prueba científica definitiva de tal riesgo.

¿Por qué no evitar un mayor impacto ambiental por el daño causado o por su posible ocurrencia mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos sin tener que esperar acudir al juez o ante la autoridad ambiental para que inicie un largo proceso jurisdiccional, o en el mejor de los casos, un proceso sancionatorio administrativo ambiental?

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA DESDE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La sociedad, entendida por algunos como un complejo de relaciones, fundamentales para el desarrollo de la vida humana*, ha sido el epicentro de luchas denodadas emprendidas por sus componentes para alcanzar objetivos particulares y comunes, por tal razón el progreso aparece como el corolario lógico de la humanidad. Significa que desde etapas pretéritas, esta pretende satisfacer sus necesidades básicas y para ello propende vivir en espacios loables.

* La sociedad tiene diversas acepciones y es la sociología, como ciencia que estudia las sociedades humanas, quien puede entregarnos un concepto más aproximado o adecuado. No obstante diferentes pensadores, de otras ciencias sociales, como el Derecho, se han atrevido a esgrimir algún tipo de significado sobre la misma. Verbigracia, Noguera Laborde, quien la conceptúa como: *Unión estable de varios individuos, sujetos a una autoridad, con miras al bien de todos*; de esta manera advierte, este pensador colombiano que toda sociedad tiene como fin el bien común, que además puede ser el que hemos de referenciar en el contenido de este capítulo. Ver Noguera Laborde, R. (2010), *Introducción General al Derecho*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Al afirmar de forma general los fines teleológicos de la sociedad, se quiere ilustrar que si bien es cierto existen culturas, circunstancias, tradiciones y comportamientos idiosincráticos ampliamente disímiles*, debe advertirse que el progreso fue para todas ellas un elemento común, este a su vez se halló relacionado con la economía –por lo menos en la etapa moderna de la humanidad– toda vez que solo a través de este aspecto podría generarse un desarrollo integral que permita acercarse a contextos donde sea posible la obtención de los resultados esperados.

En el marco del siglo XVIII la persona humana obtuvo prerrogativas hasta el momento vedadas por la enorme, amén de excesiva, autoridad ostentada por las monarquías; dichos privilegios fueron aprovechados por la burguesía, clase social que desde esa época empezó a influir en la vida política y económica de la sociedad**, de esta manera se da comienzo a una etapa mediante la cual los avances técnicos e industriales♦ fueron determinantes para la consecución del anhelo progresista desde siempre buscado por los individuos.

El progreso –asociado a la economía en aquel entonces– se materializó con el advenimiento de la modernidad y con la consolidación de sistemas de economía capital, desplazando a la ya inveterada economía feudalista. La entronización de la máquina a la empresa, la tecnificación del empleo, la construcción de vías de acceso, la invención de medios de transporte y el surgimiento de grupos de poder económico fueron el resultado de esta etapa, con marcados vestigios todavía.

* Mencionamos la expresión sociedad, como *sinécdoque*, sin embargo y en aras de ser específicos para diferenciar lo que tratamos de dar a entender en el contenido, muchos expertos en la materia aluden al término *sociedades* para hacer notar sus divergencias.

** Junto a la burguesía surge el proletariado para continuar con las diferencias de clases sociales iniciada en la sociedad esclavista; este punto de análisis fue nodal en el estudio realizado por eminentes pensadores históricos, entre ellos Karl Marx.

♦ Este histórico acontecimiento fue denominado para la posteridad “Revolución Industrial”. Para una comprensión e ilustración más completa del tema véase: M. I. Mijailov (2004). *La Revolución Industrial*. Bogotá: Gráficas Modernas.

Es de anotar que la ingente relación sostenida entre el progreso y la economía, fungió como factor determinante en menoscabo de otros ámbitos de suma importancia para la vida común; aspectos, verbigracia, como lo ambiental no se consideraron como menesteres en razón de los avances que precisaba la sociedad mundial.

Es necesario hacer un paréntesis sobre el asunto referenciado en párrafos anteriores, toda vez que si bien es cierto el ascenso de la economía produjo convenientes acontecimientos para las sociedades también suscitó eventos nefastos, como por ejemplo: la explotación de los propietarios de medios de producción (en terminología marxista) contra el trabajador, la falta de seguridad laboral y de derechos al empleado, aunado a las condiciones poco salubres y sórdidas en las que este trataba de desempeñar su labor. Estos hechos, aquí brevemente reseñados, provocaron la creación de movimientos* que trajeron consigo una mejora a la situación experimentada por los trabajadores hasta esa etapa.

Basados en las vicisitudes arrojadas por los trabajadores adviene el Estado Social de Derecho como respuesta constitucional de los estados democráticos en aras de lograr satisfacer necesidades omitidas por causas de las desidias de los sistemas políticos, económicos, jurídicos imperantes hasta ese momento.

Por antonomasia se entiende al Estado Social de Derecho como aquel que se encarga de fortalecer los servicios básicos del ciudadano en todos sus aspectos: trabajo, vivienda, educación, salud y por supuesto el medioam-

* Surgieron los llamados “movimientos sociales” en clara oposición a lo que hasta el momento se consideraba había beneficiado a la burguesía con el liberalismo del siglo XVIII. Aparecen en la escena constitucional *los derechos económicos sociales y culturales* que tuvieron en la Constitución mexicana de 1917 a su primer receptora. En Colombia se consagran en la Constitución de 1886 con la reforma de 1936.

biente. Además como una superación del Estado derecho (Naranjo, 2010, p.56)*.

La Constitución colombiana de 1991 arroga esta importante configuración y tiende desde su perspectiva a aplicar sus conceptos básicos en el ciudadano, haciendo de este ya no un medio sino un fin.

Con el Estado Social de Derecho Colombia buscó avanzar en diferentes campos, ya que al fundamentarse en la dignidad humana se defendería a la persona no solo desde su condición ontológica, inmaterial, espiritual y moral, sino también desde sus aspectos materiales o corporales**. De esta manera se entiende que uno de los propósitos es el de garantizar un ambiente sano, desde el punto de vista ecológico, para la materialización del respeto y consideración propugnadas desde la Carta Magna.

Habida cuenta de lo manifestado, la Constitución refunda el concepto de propiedad privada, sólido e incólume desde la aparición del liberalismo; a partir del siglo XVIII se entendía a este derecho como parte de la naturaleza intrínseca del individuo, por consiguiente inalienable e intransgresible por parte de las autoridades estatales; no en vano fue la consecución más importante de los revolucionarios franceses, quienes la incluyeron dentro de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 por considerársele de capital trascendencia para la humanidad.

No obstante desde ese contexto esta era entendida en un sentido indivi-

* Sin duda una discusión académica, constitucional y legislativa interesante, pues algunos no están de acuerdo con este concepto, caso: Vladimiro Naranjo Mesa, eminente pensador y exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana, ya que según su concepto “en estricto sentido el Estado Social de Derecho no es un concepto jurídico preciso y la fórmula encuentra justificación originaria como una característica general de los elementos generales del clásico Estado de Derecho. Es así cómo la mayoría de constituciones democráticas consagra el Estado Social y ofrecen medios jurídicos para el desarrollo de todos sus fines sociales”.

** Para una mayor precisión acerca del tema, ver: Mantilla, F. & Oñate, T. (2013). La “dignidad” de la Corte Constitucional. Editorial Ibáñez.

dualista e irrestricto, ya que ni el mismo Estado podría inmiscuirse en este derecho. Empero con la transformación experimentada por el Estado colombiano desde la Constitución de 1991, la propiedad privada pasa a tener un sentido social y comprometida con el medioambiente*.

Existe un aspecto que vale la pena resaltar, debido a que, al reconocer la importancia de la función ecológica de la propiedad privada, y al determinar su inherencia, le está otorgando una cualidad indispensable e indispensable; queremos con ello significar que conviven de forma inmanente; esta importante fusión entrega alto grado de responsabilidad a las entidades, indistintamente de su índole, y a las autoridades encargadas de preservar el medioambiente en nuestro país.

Por consiguiente, empresas, industrias, fábricas y multinacionales, tanto extranjeras como nacionales están orientadas a la conservación del ambiente pues su responsabilidad no solo es particular sino general, esto es, no solo en Colombia sino en el mundo.

Tomando en consideración los fines, metas y propósitos trazados por la Constitución de 1991, en donde el eje central es el Estado Social de Derecho y la dignidad humana, se crea en el año de 1993 el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, cuyo fin primordial es el de garantizar el goce de un ambiente sano, además de generar programas en cuanto a la conservación y protección de los recursos naturales renovables (www.minambiente.gov.co). De esta manera el Estado colombiano pretende materializar mediante principios garantistas la preservación y conservación de nuestro ecosistema.

* Artículo 58 Modificado por Acto Legislativo 1/1999. “Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (subrayado nuestro). Constitución Política de Colombia 1991-2010. Bogotá: Edit Legis.

Pese a los esfuerzos realizados por el constituyente de 1991, en nuestro país se transgreden los postulados constitucionales, y los principios propiamente del Estado Social de Derecho, en cuanto a los recursos naturales y al medioambiente, haciendo de nuestra Carta Magna una Constitución nominal*. Los principales atropellos desde nuestro puntos de vista provienen de dos sectores, a saber: el empresarial, originados por los métodos utilizados por las industrias y multinacionales ubicadas en nuestro territorio que buscan alcanzar dividendos económicos a costa de cualquier cosa, incluidos graves perjuicios causados al medioambiente. Y el conflicto armado donde grupos en lucha, entiéndase guerrillas y paramilitares (también las fuerzas castrenses) generan, en aras de sus objetivos, enormes violaciones de indeleble repercusión al tejido ambiental.

Cabe referirse a la primera causa que, desde nuestro punto de vista, atenta contra el medioambiente colombiano; en este contexto valdría tener en cuenta la tesis alguna vez planteada por Rousseau, mediante la cual la civilización fue (¿o es?) la corruptora de las sociedades humanas**, retomando en algún sentido lo establecido por el pensador ginebrino ha considerado que la tecnología y la ciencia ya no solo se conforman con descubrir sino que quieren incluso rebasar los límites que impone la naturaleza (Zizek, 2011, p.448)*. A su vez expone el eminente pensador esloveno: *“el proceso que amenaza con escapar a nuestro control ya no es el proceso social de desarrollo económico y político, sino nuevas formas de procesos naturales, desde catástrofes nucleares impredecibles hasta el calentamiento global y las consecuencias inconcebibles de la manipulación biogenética”* (Zizek, 2011, p.449). Por consiguiente

* El concepto de Constitución nominal tiene similitud con la teoría de la “hoja de papel” expuesta en su momento por el líder de la socialdemocracia alemana Ferdinand Lasalle, en el cual critica a ese tipo de Constituciones que en la *praxis* o realidad sus postulados teóricos no se cumplen.

** Esta tesis subyace del discurso expuesto por Joan Jacobo Rousseau en 1775 denominado El origen de las desigualdades entre los hombres. (2006). Bogotá: Ediciones Universales.

◆ “En la actualidad, la ciencia y la tecnología no solo tratan de entender y reproducir los procesos naturales, sino también de crear nuevas formas de vida, asombrosas para nosotros; el objetivo ya no es solo dominar la naturaleza (tal como es), sino crear algo nuevo, más grande, más fuerte que la naturaleza normal”.

te, pareciere que el ascenso de sectores que en teoría pueden ocasionar beneficios, como el industrial, han conllevado a lamentables perjuicios perpetrados al ecosistema.

Específicamente en nuestro país muchas de estas empresas industriales tanto de índole nacional o extranjera, soslayan o flagrantemente vulneran la función ecológica inherente que la propiedad privada por postulado constitucional posee (<http://www.eltiempo.com>).

El aspecto antes mencionado de evidente preocupación en nuestro país, ha causado el inconformismo en sectores preocupados por el medioambiente, desde analistas (<http://www.elespectador.com>) hasta organizaciones y grupos identificados con la protección ecológica, han emitido opiniones y presionado al Estado para lograr el objetivo de la conservación de la naturaleza. También varios países de Europa han procurado un cambio de actitud; en este lado del planeta se pone de relieve el ingente compromiso social, esto es, se le adjudica al individuo la responsabilidad de protección a su entorno, así mismo el Estado debe generar, garantizar y salvaguardar los espacios naturales.

Hoy día la revolución es ecológica y no de otra forma, se concibe en Occidente que la lucha es por crear más espacios naturales o “zonas verdes”; en este plano se nota la divergencia en cuanto a la mentalidad socio-política, pues mientras la idea de progreso en nuestro país es connivente con la construcción y la infraestructura, allá el compromiso es ecológico.

En el otro plano anteriormente referenciado, esto es, el de la guerra interna, como se mencionó, ha causado consecuencias nefastas al ecosistema, bien sea por la lucha entre los actores en conflicto y las estrategias bélicas por ellos empleadas (armas, bombas, minas anti-personas) como por los mecanismos utilizados a nivel del Estado, entre ellas prepondera el empleo del glifosato como forma de contrarrestar una de las diversas formas

de financiación que tiene la subversión, el cultivo de coca. Como lo expresa Aristizábal (2010): “*Las fumigaciones químicas aéreas masivas se volvieron una estrategia permanente desde 1992 y con el plan Colombia, desde 2000, en la estrategia principal, combinada con operativos militares de las fuerzas armadas. La fumigación se convirtió así en un arma de la guerra de baja intensidad*” (Aristizábal, 2010, p.91).

Como se vio, las determinaciones emprendidas por el Estado no pueden advertirse como un fenómeno aislado, debido a que sistemáticamente la dirigencia a través de las fuerzas militares genera este tipo de acciones y cada gobierno lo utiliza de forma más vehemente, por consiguiente el ecocidio* sigue abriéndose surcos funestos.

Desde nuestra óptica, los sucesivos gobiernos en su obsesiva determinación de limitar resultados por parte de grupos al margen de la ley –con especial énfasis en la guerrilla– han contradicho los principales postulados del Estado Social de Derecho, en cuanto a la propensión de un medioambiente sano en el cual cada ciudadano pueda disfrutarlo de la forma más laudable posible.

La antinomia reviste mayores ribetes si entramos a considerar la invaluable riqueza natural que tiene el Estado colombiano, caracterizado por la biodiversidad que se ha visto afectada por la degeneración de un conflicto inveterado y de enormes responsabilidades estatales. Es el segundo país megadiverso del planeta.

Merece especial atención un factor de gravosas repercusiones, algo que

* Esta expresión es empleada por Aristizábal en su obra *Metamorfosis, guerra, Estado y globalización en Colombia*, donde a su vez agrega “cada gobierno realiza mayores fumigaciones que el anterior, a partir de 2002 y durante 2003 y 2004, bajo el actual periodo de Álvaro Uribe, sus cifras son las más altas de toda la historia; en los últimos años se desarrolla la investigación y la amenaza de utilizar agentes biológicos como el hongo *Fusarium oxysporum*, con lo que se daría el salto a una guerra química y biológica”.

a todas luces resulta inmensamente lamentable y que se sufre cuando los factores de vulneración se conjugan, o sea, cuando las empresas además de atentar contra el ecosistema tienen vínculos con grupos al margen de la ley, tal como se ha señalado por algunos analistas (<http://www.semana.com>), esto debe conllevar a que la institucionalidad colombiana asuma posiciones determinantes, ya que de no hacerlo generaría ilegitimidad. Debe materializarse el Estado Social de Derecho, evitar la entelequia y encaminarse a concientizar desde las bases pasando por micro, medianas y macroempresas que el compromiso con la ecología es definitivo, ya que es determinante para nuestro desarrollo.

En el ámbito del Derecho Internacional cabe acotar los ingentes avances que se han conseguido en aras del medioambiente; algunos periodos históricos fueron relevantes en este sentido. Debe hacerse una alusión imperativa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Con la mentada fecha advienen un bloque importante de prerrogativas y libertades en favor de los seres humanos*, que se incluyen en los textos constitucionales internos, otorgándoles la categoría de derechos fundamentales, esto es, derechos de primera generación.

Consecuentemente se crean los derechos humanos de segunda generación, que como se señaló anteriormente, tienen en la Constitución mexicana de 1917 su pionera. De lo anterior se colige que en principio se buscó asegurar los derechos del individuo, no obstante la garantía no podía ser exclusiva de la persona humana en forma individual, sino también de todo aquello que fuera determinante para su desarrollo, por tal razón surge una serie de prerrogativas en favor de la colectividad, entiéndase, grupos políticos, étnicos y los pueblos. De igual forma se hace énfasis en el medioam-

* Tras el surgimiento de la Declaración de los Derechos Humanos surge el denominado “neoconstitucionalismo”, expresión que se otorga al movimiento jurídico cuyo fundamento es enarbolar, aplicar y materializar los principios y postulados que aparecen en la Constitución, y a tomarla en cuenta como la norma fundamental del ordenamiento.

biente. La organización de derechos humanos advierte la inocuidad de reconocer derechos al ser humano si no se protegen los contextos en los cuales estos se desarrollen.

Los denominados derechos humanos de tercera generación surgen hacia los años 70 con el afán de salvaguardar los derechos de los pueblos, en todas sus dimensiones. Varios tópicos resaltan su consecución, uno de ellos, como corolario, relacionado con el medioambiente: “El problema del deterioro ambiental creciente, fenómenos que antes eran tangenciales se vuelven fenómenos cada vez más amenazantes y cada vez con mayor impacto” (Arias, 1999, p.107). La característica más relevante de estos derechos estriba en su distinción frente a los de primera y segunda generación, no solo por el contenido, esto es a lo que pretende defender, sino en el marco de las responsabilidades; por ejemplo, mientras los denominados derechos de primera generación son entendidos como contra el Estado, los de segunda a su vez se consideran como frente al Estado. Pues bien los derechos colectivos conjugan estas dos exigencias, con ello se quiere señalar que son contra y frente al Estado. Lo anterior significaría que son responsabilidades compartidas entre el Estado y la ciudadanía.

Conforme a lo mencionado puede expresarse categóricamente que es o debe ser compartida la misión de preservar los recursos naturales y el medioambiente propincuos del desenvolvimiento humano.

Arias (1999, p.107) reseña la discusión que ha surgido con ocasión de los derechos del medioambiente, debido a que en algunas Constituciones son consagrados como derechos fundamentales y en otros textos normativos constitucionales aparecen como colectivos, es el caso colombiano (Primera Cumbre Mundial Ambiental, 1972), sin embargo algunos sugieren una connivencia, aun señalando y reconociendo sus diferencias. Esta conectividad resulta lógica si se entiende que el ser humano precisa de un ambiente sano y así lo reconoció esta cumbre en su Declaración de Estocolmo

denominada la Cumbre del Medio Humano cuando hace referencia a un ambiente sano: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y adecuadas condiciones de vida, en un medioambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar” (<http://revistajuridicaonline.com>) dicha visión, que compartimos, permite enarbolar al medioambiente y reputarlo como de imperativa necesidad. Un Estado que se precie de ser social y de derecho debe propugnar por su satisfacción; de nada ayuda el tratar de resolver problemas económicos si no se advierte la importancia que reviste la obtención de un ambiente sano en condiciones límpidas.

A nivel interno la Constitución de 1991 configura a los derechos colectivos y del medioambiente en el Capítulo 3, desde su artículo 78. No obstante son los artículos 79 y 80 en donde se establecen palmariamente las enormes responsabilidades asumidas por el Estado en aras de la protección sobre los mismos. Al aludir directamente sobre el contenido del mentado artículo 80 encontraremos algunas expresiones en las que vale la pena detenerse en razón de su ingente trascendencia. *El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución*; este primer inciso, como mencionamos, deja aspectos interesantes. En principio reitera el compromiso asumido por el Estado cuando se refiere a la *planificación*, quiere ello determinar que cual ‘padre’ cuidadoso debe ser meticoloso con cada una de las concesiones que otorgue a multinacionales o con la propia exploración, obras y actividades que realice incluyendo su participación u omisión en el conflicto armado ¿habrá razones para confiar? Según las denuncias realizadas por algunos activistas y analistas, el panorama no deja de ser sinuoso y provisto de escepticismo.

En segunda instancia es clave referirnos a un elemento de significativa importancia, cuya aparición en el contenido constitucional no puede pasar inadvertido, el desarrollo sostenible, principio y garantía, este puede ser

entendido como: “el desarrollo que asegura las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para asumir sus propias necesidades” (Amaya, 2012, p.108) de esto pueden desprenderse dos aspectos: primero **la necesidad de salvaguarda del ambiente** y segundo **el compromiso frente al porvenir**, con lo cual la cosmovisión del Estado debe proyectarse; cabe recordar que nuestro país es potencia en recursos naturales, posee variedad de recursos no renovables, como el petróleo, los cuales debe garantizar para próximas generaciones. Es preciso recordar entonces que la denominación de la entidad encargada para hacer velar por sus lineamientos, esto es, el Ministerio del Medioambiente y Desarrollo Sostenible, no es veleidosa ya que como vimos tiene su fundamento en las explicaciones anteriores.

Debe considerarse a la Constitución como un texto de interpretación sistemática, es decir, su articulado no debe ser analizado de forma aislada sino como parte de un cuerpo normativo; en realidad, y valga la aclaración, todo el derecho, normas y leyes, se deben interpretar conforme al texto constitucional, con esto se da presencia a la denominada constitucionalización del Derecho. Nos referimos a esto toda vez que el Estado Social de Derecho y la dignidad humana, como principio fundante, son la esencia del ordenamiento y por ende, de todo lo que este garantice; el medioambiente como parte esencial del desarrollo colectivo es inmanente, entonces al concepto de dignidad humana, su basamento evidencia la prioridad que representa (Corte Constitucional colombiana, 2014). Los postulados constitucionales surgen como limitantes del poder político y económico que pretendan desconocer las prerrogativas antes planteadas; de esta manera se concluye que todo Estado Social de Derecho tiene su razón ambiental.

Es aquí cuando con fundamento en la importancia inherente al ser humano y a la responsabilidad del Estado que emana de él, debemos entrar a analizar mecanismos de protección que no sean solo los que están casi

que exclusivamente consagrados para accionar y que en definitiva es lo que nos instó a efectuar esta propuesta de estudio de tomar al arbitraje como mecanismo alternativo en la solución de conflictos por ser un procedimiento expedito, pronto, tangible y justo frente al impacto que ocasiona el daño ambiental con fundamento incluso en el principio de precaución consagrado internacionalmente en la Segunda Cumbre Mundial Ambiental en Río de Janeiro, Brasil en 1992, conocida como la Cumbre de la Tierra (1992) y que nosotros los colombianos ya lo habíamos elevado a norma de norma un año antes en la Constitución de 1991.

Antes de iniciar el estudio del arbitraje, dejemos claro que el principio ambiental de precaución ha sido desarrollado prolíferamente por la comunidad internacional teniendo en la comunidad europea y sus tribunales los más estudiosos; por eso tomamos una de las directrices del Consejo Europeo para su claridad en la aplicación como alcance.

Mediante Resolución tomada por el Consejo Europeo en diciembre del 2000 en Niza, los estados miembro de la Unión Europea precisaron el principio de precaución:

Cuando una evaluación pluridisciplinaria, contradictoria, independiente y transparente, realizada sobre la base de datos disponibles, no permite concluir con certeza sobre un cierto nivel de riesgo, entonces las medidas de gestión del riesgo deben ser tomadas sobre la base de una apreciación *política* que determine el nivel de protección buscado. Dichas medidas deben, cuando es posible la elección, representar las soluciones menos restrictivas para los intercambios comerciales, respetar el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta riesgos a corto y a largo plazo, y por último ser reexaminadas frecuentemente de acuerdo con la evolución de los conocimientos científicos (Unión Europea, 2000).

Por lo tanto, con fundamento en este principio podemos indagar todas las

posibilidades precautelares que eviten para el caso de controversias entre infractores ambientales que circunscriban inclusive como sujeto de la acción u omisión al Estado una solución distinta a la de acudir para impartir justicia a los tribunales ordinarios o contenciosos administrativos.

LA OPERATIVIDAD DEL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Desde una perspectiva del Derecho Administrativo, a la operatividad del arbitraje frente al daño ambiental como método alternativo de solución de conflictos en Colombia debe hacersele inicialmente una aproximación histórica a esta figura de adjudicación a efectos de mostrar la palpitante importancia de dicha institución.

Así las cosas, si nos remontáramos a nuestro estadio más primitivo como especie humana, encontraríamos que los conflictos de aquel entonces, cuando individuos se enfrentaban entre sí –mas no individuos con entes públicos–, no encontraban un ente jurídico-político para ser canalizados y, por ende, ellos eran sometidos a la decisión de un árbitro. De esta forma, es por lo que Francesco Zappalá señala:

El arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del Derecho y de la humanidad. (...) Históricamente, la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada. Con el correr del tiempo, la humanidad, en el esfuerzo por superar la era salvaje hacia la civilización y el progreso social, adoptó las primeras reglas de comportamiento, estableciendo que distinguidos individuos con autoridad moral, como los sacerdotes, los ancianos o los sabios, resolvieran las controversias entre ciudadanos: de esta manera se abandonaba la época de la venganza personal y se introducía la dosificación de la pena, aplicándola proporcionalmente a la gravedad de la infracción, como enseña la Biblia en el libro del Éxodo (Zappalá, 2010, pp.196 y ss.).

La sociedad primitiva decidía las controversias de una manera brutal, por la fuerza, ojo por ojo, diente por diente, fundada en una concepción de venganza personal o justicia de propia mano; pero con la evolución histórica, en presencia de la figura del arbitraje, se llega al

esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente por el compromiso de los antagonistas: esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podía encontrar asidero para su obediencia y cumplimiento (Zappalá, 2010, p.197).

El Estado moderno tiene sus comienzos en los siglos XV y XVI, en la época renacentista; pero, el arbitraje es anterior al Estado y su aparato de administración de justicia; y la práctica de someter el conflicto a un tercero, aceptando de manera anticipada y obligatoria la decisión que este tomara, precede históricamente a aquella estructura estadual. Con la consolidación de la organización política estatal y el nacimiento de la institución judicial dentro de dicha estructura pública, fue que se dio como resultado que los jueces se encargaran de la actividad esencial de impartir justicia de forma permanente, como es conocida hoy en día.

El Estado, como se conoce en la modernidad, no suplanta al arbitraje, no obstante la consolidación de las administraciones de justicia estatales, pues este ha permanecido “vigente a lo largo del tiempo y se encuentra en plena actuación en los sistemas jurídicos actuales, (...) siendo que en algunos casos es el único mecanismo que permite dirimir los conflictos jurídi-

cos de manera expedita y satisfactoria para las partes, como ocurre en el campo de los agentes de comercio internacional” (Zappalá, 2010, p.198).

En *La Retórica* de Aristóteles, el pensador y filósofo griego indicaba textualmente su preferencia al arbitraje frente a los conflictos tramitados ante los tribunales, así:

preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad*.

La figura del arbitraje surge en la cultura griega más de 500 años a.C. en los pueblos y ciudades de influencia política y militar de Atenas, y su fin –primordialmente– era resolver conflictos de carácter étnico. En el período clásico, Grecia también conoció de los árbitros de carácter público, quienes juzgaban disputas criminales y públicas; lo anterior a propósito del arbitraje interestatal y el arbitraje interno (Zappalá, 2010, p.199).

Durante la época del Derecho romano, el arbitraje tiene un desarrollo considerable, sentando las bases de lo que, dos mil años después, es actualmente la estructura de dicho mecanismo jurídico (Zappalá, 2010, p. 199). En Roma, el origen del arbitraje se encuentra en la protección que el pretor brindaba a las prácticas, usos y costumbres del tráfico comercial y del *ius gentium*, el cual se fundaba en la confianza, *fides*, y la moralidad. Ante el evidente y creciente uso de las actividades comerciales, el pretor salvaguardaba y adoptaba en sus edictos los acuerdos supranacionales, propios del *ius gentium*, al proponer fórmulas procesales más acordes a la realidad económica de la época que evitaran los posibles vacíos del *ius civile*, la imposibilidad de los que no eran ciudadanos romanos de acceder a las figuras contractuales del Derecho Civil romano y superar el riguroso formalismo (Zappalá, 2010, p.201).

* Tomado por Zappalá (2010, p.199) de la *Retórica* de Aristóteles.

Debe anotarse, que el arbitraje privado carecía de protección judicial directa, por ello la jurisprudencia de la época romana desarrolló las estipulaciones penales, en las que “cada parte prometía a la otra el pago de una suma determinada en caso del incumplimiento del compromiso que consistía en que la decisión de la controversia fuese sometida a un árbitro elegido de común acuerdo entre las mismas partes” (Zappalá, 2010, p.201). Es así como surgirían, posteriormente, los términos *compromettere* y *compromissum*, donde la parte incumplida se sometía a la acción derivada de la estipulación penal.

La convención o pacto arbitral se extendió rápida y confiadamente en el ejercicio de los hombres de negocios, porque a través de la *coercitio* se inducía al árbitro a desarrollar la tarea que había asumido, cual fue, primeramente, la de dictar una sentencia y, con posterioridad, a que fuera en un término máximo; se fijaban exactas reglas de procedimiento arbitral, una de las cuales existe aún con cierto cariz en nuestros días: se imponía una pena contractual a quien hubiese invocado ante la justicia ordinaria la misma pretensión del *compromissum* (Zappalá, 2010, p.202)*.

Pero, estos vientos de acompasamiento entre la figura arbitral y las prácticas comerciales de los hombres de negocios estaba a punto de cambiar; y, de hecho, así fue cuando en el régimen despótico y absolutista que se instauró en la Roma imperial desde el año 300 d.C., al concentrarse todos los poderes en manos del emperador, se afectó al arbitraje clásico, cuyo

* En este sentido, se puede reafirmar esta idea del impulso tenido por el arbitraje en la época romana por parte de los hombres de negocio, cuando afirma Zappalá que: “En contra de cuanto se pudiese suponer, considerando que la decisión arbitral, a diferencia de aquella del juez, no tenía fuerza ejecutiva y poseía una mera protección indirecta; el arbitraje privado tuvo mayor favor al interior de la clase comerciante que prefirió gozar de autonomía en la conducción del litigio, dominar los criterios sobre los cuales la decisión debía ser tomada, puesto que no eran aquellos del derecho oficial, y precaver las cuestiones no previstas en la tipología de los edictos. Evidentemente, fueron decisivas las agremiaciones de comerciantes en las cuales se confiaba a un árbitro un litigio pendiente. Es posible establecer, dentro del estudio de una amplia casuística en materia arbitral de la época imperial, que el arbitraje era practicado por la clase senatorial, media y de los latifundistas, pero también por personas de modesta condición social; demostración de que el árbitro no recibía ninguna retribución”.

éxito se basa en la autonomía privada, la libertad contractual y la buena fe de los interesados; el Estado romano entra a reglamentar el arbitraje*.

Durante el período de Justiniano, artífice del *Corpus Iuris Civile*, el arbitraje se transformó para alcanzar su aspecto moderno –aunque, valga la aclaración, que debido a la nefasta *praxis* de la figura, este terminó prohibiendo el arbitraje juramentado–, tomando la naturaleza jurídica de lo que es hoy en día, como por ejemplo:

la facultad concedida a las partes de valerse en el juicio ordinario de los medios probatorios testimoniales recaudados en el procedimiento arbitral, el efecto de la interrupción de la prescripción al momento de incoar el arbitraje; en comparación con el proceso ordinario, la rapidez, la economía, la sencillez y claridad de los procedimientos, la probidad y la especialidad de los árbitros, nombrados directamente por los interesados, la reserva del sumario y la admisión de fuentes no previstas en el ordenamiento estatal (Zappalá, 2010, p.204).

En la Época Posclásica romana, el arbitraje se reafirma por encima del proceso ordinario –no obstante el sacudón que recibió del imperialismo de la época que tendía a agrupar todas las manifestaciones jurídicas bajo su único poder– debido al contraste que mostraba en cuanto a costos, sencillez (Zappalá, 2010, p.204), corta duración y autonomía brindada a los contendientes**.

* “Con la introducción del denominado procedimiento *cognitio extra ordinem* se perfila una gradual reglamentación estatal del arbitraje, al igual que de todas las fuentes del Derecho; pero el arbitraje privado se encuentra propagado con tal fuerza, sobre todo en el espíritu de los comerciantes, por sus características favorables, que no solamente sobrevive sino que gana en vitalidad”.

** Es por ello que afirma Zappalá que, ‘El motivo de la favorabilidad concedida al arbitraje radica en la existencia de agregaciones sociales libres y espontáneas, *collegia* o *sodalitates*, en las cuales los comerciantes depositaron la confianza en la *bona fides* y la solidaridad de sus *collegas*, que, sin distinción de nacionalidad, conducen sus asuntos según una *praxis* determinada y conocida, interesados en la observancia de ella por percibir que el árbitro y la contraparte pertenecen a la misma formación social. Significa lo anterior que el arbitraje privado sobrevive al control y a la manipulación imperial de la Época Posclásica, debido a la resistencia de la naciente clase mercantil y al inapropiado proceso ordinario; constantes históricas válidas en el actual milenio”.

Durante la Época Medieval y la Ilustración, el arbitraje se caracterizó por ser la manifestación de grupos económicos y sociales identificados más entre sí que con la propia figura estatal, lo cual implicaba la sensación de confianza que depositaban en la resolución de sus conflictos ante un árbitro de su propia extracción y no ante un juez de una estructura externa como el estatal (Zappalá, 2010, p.205). Se acuñó la expresión ‘bancarrotas de la justicia secular’, puesto que la aniquilación del Imperio Romano llevó a que la ausencia de organización judicial o autoridad estatal llevara a las gentes a la utilización del arbitraje impulsado por la Iglesia Católica y practicado por las agremiaciones de profesionales y comerciantes*.

Aún en el Medioevo, el arbitraje mostró una transformación, y hasta envigoramiento, al pasar de un espacio jurídico enteramente privado a uno de juicio público**. Así las cosas, la aprobación que se le dio a los poderes y funciones de los árbitros, equiparados a los de los magistrados públicos, y limitados solo por los casos específicos indicados en el compromiso, tuvo también como consecuencia la equiparación del laudo arbitral con la sentencia, presentándose como corolario la ejecutoriedad del laudo arbitral*.

* “De acuerdo con el Derecho Canónico de los siglos XII y XIII, cualquiera podía presentar demanda ante un tribunal eclesiástico o retirar un asunto de conocimiento de un tribunal secular y presentarlo a uno eclesiástico, aun contra la voluntad de la otra parte, por motivo de ‘bancarrotas de la justicia secular’. En la Época Feudal, con la crisis del poder estatal fue natural el fenómeno de la desconfianza en la estructura pública y correlativamente fue tendencia espontánea la propagación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, resultando más frecuentes las definiciones arbitrales que las sentencias judiciales, aun cuando las partes deseaban que la controversia fuese conforme a las normas del Derecho positivo estatal”.

** “El Renacimiento jurídico medieval del siglo XIII y las nuevas exigencias de la vida económica y social, maduradas en Italia con la Revolución de las Comunas y en España con las *Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio, hacen prosperar la divergencia entre el *arbitrator*, que decide ajustado a normas de derecho positivo *secundum iudiciorum ordinem*, y cuya decisión está sujeta a recurso, y el *arbitrator*, que define, por lo general, una causa civil *ex bono et aequo*, y sin posibilidad de impugnación. Contraste este de especial importancia en el desarrollo histórico del arbitraje en su gradual metamorfosis de institución de naturaleza jurídica privada a institución procesal. En realidad, la superación de la concepción privatística del arbitraje permite uniformar el arbitraje al juicio público”.

◆ “La evolución hacia la ejecutoriedad del laudo arbitral en las agremiaciones de mercantes y artesanos es una conquista fundamental, que, acompañada por el abandono, o más bien por la ausencia de la autoridad estatal, inaugura un período de oro para la autonomía e independencia de la clase de comerciantes y artesanos, favoreciendo al interior de las corporaciones profesionales el nacimiento del *ius mercatorum* como un derecho creado directamente por la clase emergente, sin mediación de la sociedad política y como derecho impuesto en nombre de una clase. Las instituciones de clase y las políticas, en calidad de centros de organización social, crean derecho”.

El arbitraje de comuna, de agremiaciones de mercantes y artesanos, de corporaciones de profesionales, practicado con autonomía e independencia de la sociedad política, empieza a decaer con el ascenso del poder monárquico y el florecimiento del poder estatal moderno, que muestra la necesidad de someter toda la función judicial bajo su dominio. Con el absolutismo del Rey Sol –Luis XIV– se eclipsa el arbitraje y muchas otras manifestaciones de la espontaneidad social*.

En la Edad Contemporánea, es resaltable el hecho de que, por ejemplo, luego de la Revolución Francesa, el arbitraje se considera parte del Derecho Natural como mecanismo contra el abuso, los costos y la parsimonia de la justicia estatal. La Revolución Francesa promueve la figura del arbitraje dentro de los postulados de los principios republicanos y liberales, fundados en ‘la libre y autónoma investidura de los ciudadanos en las funciones estatales’ (Zappalá, 2010, p.209). La Carta Política francesa de 1791, erige al arbitraje como principio constitucional, “al determinar que el derecho de los ciudadanos de dirimir sus divergencias por la vía del arbitraje no puede sufrir ninguna restricción por parte del poder ejecutivo, ni disminución alguna por parte del legislador, esto en razón de la noción derivada del principio cardinal de la autonomía de la voluntad en materia contractual” (Zappalá, 2010, p.209). Este posicionamiento ventajoso variará unos años después debido al tratamiento excesivo de la figura, que fue legislada como obligatoria, para luego quedar restringida solo a divergencias entre socios (Zappalá, 2010, p.210).

Posteriormente, y con el empoderamiento del Estado como organización

* ‘La decadencia del arbitraje se advierte entonces en mayor medida en las ciudades, anteriormente comunas, que habían fundado su desarrollo y riqueza en sus actividades comerciales. La clase mercantil cesa de ser artífice del propio Derecho, el Derecho Comercial, que es la fuente y finalidad del arbitraje, sufriendo este una doble transformación: por una parte, no es más derecho de clase, sino derecho de Estado; por otra, ya no es derecho universal, sino derecho nacional’.

jurídico-política en la primera mitad del siglo XIX, se da la última separación entre jurisdicción y arbitraje, donde este es considerado un mecanismo de administración de justicia de carácter privado, limitado a la esfera de la voluntad privada y, lo que resulta más paradójico aún, con la creación de los Códigos de Procedimiento Civil, los árbitros resultan siendo actores sin mayor importancia en la adjudicación del derecho (Zappalá, 2010, p.210).

Ya ubicados en el siglo XX, con una pujante sociedad postindustrial, así como un incremento inusitado de intercambios mercantiles, poblacionales, culturales y sociales, en el plano jurídico se intensifica la transaccionabilidad entre los particulares a través de las figuras contractuales, que cumpliendo el aforismo de ser ley para las partes, suple los vacíos normativos y las dificultades de los Estados amurallados en la soberanía popular (Zappalá, 2010, p.210).

En sociedades globalizadas y de alto intercambio de todo tipo de bienes, mercancías y servicios, el Derecho en su operatividad más natural está fraccionado por las jurisdicciones estatales que restringen a una legítima aspiración de uniformidad jurídica: “tener un radio de acción adecuado y moderno” (Zappalá, 2010, p.211); los contratos entre comerciantes, por ejemplo –a los que nos hemos acostumbrado por la galopante expansión de la globalización– no están atados a reglas jurídicas nacionales, pues ellos obedecen a las especificaciones de los clientes de las oficinas de los abogados donde se redactan; de hecho, no tendría sentido que se diera la situación contraria, pues los legisladores nacionales siguen viendo el Derecho como un área de aplicación no propiamente integrativo a nivel internacional.

Pues resulta, a propósito de lo anterior, que el arbitraje ha entendido* desde siempre, y hasta satisfecho con creces, la necesidad jurídica de esa globalización en todos los aspectos de nuestra sociedad mundial; gracias, en gran medida, a ser un procedimiento basado en las necesidades de pronta resolución de conflictos de los comerciantes, sin los vericuetos y trabas de las administraciones de justicia de nivel estatal**.

Actualmente, puede afirmarse sin temor, que la figura del arbitraje ha tenido un gran desarrollo, sobre todo a nivel internacional, con el perfeccionamiento de estructuras, instituciones (Zappalá, 2010, p.213), concepciones del Derecho, y su adjudicación; y a nivel interno, con el reconocimiento y expansión de su aceptabilidad cada vez en mayor aumento, en buena medida debido a la compresión de la figura no solo por sus grandes beneficios sino en el entendimiento de los derechos de los ciudadanos como una conquista inatajable frente a la infranqueable soberanía judicial del Estado por medio de sus administraciones de justicia.

Ahora bien, el reconocimiento del arbitraje en las legislaciones internas de los países le ha permitido mostrar presencia en todas las áreas del Derecho y no solo la comercial, como fuera inicialmente su origen histórico.

* “Nadie puede entender su Derecho local enfocándose únicamente en el Derecho doméstico de una sola jurisdicción o Nación-Estado, sin percibir que el rango de actores significativos y procesos se ha extendido sin reparo a las efímeras líneas limítrofes de la soberanía nacional, y que los fenómenos de pluralismo jurídico son centrales para el entendimiento del Derecho en el mundo actual. Hoy en día resulta del todo anacrónica la costumbre de pensar el Derecho en su estricta dimensión geográfica nacional”.

** “El fenómeno de la privatización de las fuentes del Derecho, que tiene su aspecto más evidente en la criticada globalización, es una secuela de la desatención a las reivindicaciones del moderno Derecho Comercial por parte del legislador, y de la correlativa lentitud e inoperancia del aparato judicial estatal, que generan la natural autoorganización de los particulares mediante inventiva jurídica plasmada en los contratos transnacionales, de acuerdo con las necesidades del tráfico jurídico real que incluyen imperativamente el pacto arbitral, dando vida a un canal jurídico alternativo al del Estado. Ejemplo y demostración de lo anterior son dos iniciativas europeas dirigidas a diseñar los principios transnacionales de la teoría de los contratos: la primera, patrocinada por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, con sede en Roma, y la otra, conducida por el jurista Ole Lando, denominada Comisión de Derecho Europeo de los Contratos”.

Antes de la adopción de la nueva ley de arbitraje nacional e internacional, Ley 1563 de 2012, la presencia del arbitraje en las esferas propias de la ciencia del Derecho Administrativo prácticamente se limitaba a la contratación estatal y, dentro de esta, a dirimir los conflictos de carácter económico que en dichos contratos se suscitaran, mas no aquellos que tocaran la legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades públicas en el marco de la contratación pública; así era aceptado mayoritariamente por la jurisprudencia y en parte por algún sector de la doctrina (Martínez, 2013, p.40)*.

Resulta pertinente anotar que uno de los propósitos de la Comisión de Expertos que redactó la Ley 1563 fue “masificar la figura y modernizarla conforme a las realidades del siglo XXI. (...) [E]n procura de la flexibilización, modernización y masificación del arbitraje nacional, (...) y el arbitraje internacional”**.

La reforma de las normas existentes en materia de arbitraje nacional e internacional “recogió en un solo cuerpo normativo la legislación dispersa y prolija existente, ajustándola a la jurisprudencia proferida a este respecto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y los distintos Tribunales Superiores del país” (Palacio, p.XXIV).

* Sobre el particular, el doctor Néstor Humberto Martínez Neira señaló: “En lo que corresponde a la capacidad de las entidades públicas para celebrar el contrato de arbitraje, la Ley 80 de 1993 (Arts. 70 y 71) las facultó para estipular la cláusula compromisoria o el compromiso con el fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias que se susciten en relación con los mismos, su ejecución, desarrollo, terminación y liquidación. De contera, sin lugar a equívocos puede afirmarse que en el derecho positivo colombiano el Estado está legitimado para pactar arbitraje, y así lo reconoce abiertamente el artículo 1º del Estatuto de Arbitraje, práctica por cierto bastante extendida en el ámbito de la contratación administrativa. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, según la jurisprudencia, la arbitralidad *ratione materiae* no se extiende al examen de la legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades públicas en el marco de un contrato estatal, ejercicio de facultades excepcionales, aunque puede alcanzar los efectos económicos de los mismos (Art. 1º, Ley 1563/2012)”.

** Presentación del libro *Estatuto Arbitral Colombiano* por parte de la Ministra de Justicia y del Derecho, Ruth Stella Palacio. p.xxiv.

Pero, quizás, el cambio de mayor trascendencia que ahora nos interesa tocar fue que “El estatuto amplió el concepto de materia arbitrable, promoviendo su desarrollo y utilización, al acoger como criterio para su procedencia el que la controversia en cuestión verse sobre “derechos disponibles” (no solo “transigibles”) o aquellos que la ley autorice, con lo cual se extiende el ámbito de uso y aplicación de esta figura” (Palacio, p.XXIV).

Esos derechos disponibles, de las ahora partes en los procesos arbitrales, desarrollados con base en la Ley 1563 de 2012 se relacionan con una concepción del Derecho que ha venido dando muestras innegables de cambio de paradigmas en cuanto a derechos y libertades se refiere y, particularmente, en el Derecho Administrativo.

Muestra de ello lo da el doctor Enrique José Arboleda Perdomo en la presentación de su libro *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, en el sentido de indicar que con la reforma de la Ley 1437 de 2011 hay un “nuevo universo de lo administrativo” (Arboleda, 2011, p.XXVII).

Y, en definitiva, el nuevo universo de lo administrativo, justificado en dicha modificación normativa, se centró en varios aspectos que para la propuesta de una alternatividad arbitral en el Derecho Administrativo cobra mucho sentido: la presencia de cambios experimentados por las relaciones sociales y los esquemas de gestión pública, el moderno modelo de globalización que ahora todo lo impregna, el desarrollo y la aplicación de la tecnología informática a todas las áreas del Derecho –incluyendo la jurisdicción contencioso administrativa– y, quizás la más importante, la adaptación que *debía* tener todo lo anterior a la nueva *concepción* constitu-

cionalizada del Derecho y del Estado Social de Derecho, así como de sus *principios, instituciones y funciones* administrativas y *jurisdiccionales**.

Las modificaciones dadas con la reforma de la Ley 1437 de 2011 implicaron, también, en el sentir de Arboleda Perdomo y en el nuestro, un cambio en la concepción de jueces de lo contencioso administrativo, producto de las modificaciones conceptuales ya introducidas por la Constitución de 1991, quienes ya “no pueden continuar limitando su trabajo a la defensa objetiva de la legalidad, sino que deben orientar sus poderes, ahora ampliados, y su ámbito de acción hacia la defensa” (Arboleda, 2011, p.XX-VIII) de los principios y finalidades que guían las actividades del Estado y de la función administrativa.

Este “cambio de mentalidad” del procedimiento y del contencioso administrativo, en sintonía teórica y práctica con la reforma de la norma arbitral colombiana, se encuentra en consonancia con lo que Eberhard Schmidt-Assmann describe en su obra *La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*.

Schmidt-Assmann señala que el Derecho Administrativo, en su parte de la Teoría general, es

una disciplina académica capaz de poner en relación o dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como

* El autor señala que “Un segundo argumento para la expedición de un nuevo Código Contencioso Administrativo surge de los cambios producidos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales exigieron adecuar el vigente (DL 01 de 1984), redactado en el contexto organicista clásico de la Carta Política de 1886, a los nuevos mandatos de la Constitución de 1991 elaborada como un cuerpo normativo que tiene por centro al individuo y la defensa de sus derechos fundamentales, y en cuyo contexto las funciones públicas se identifican a partir de una serie de principios y finalidades, como los contenidos en su artículo 209 (...)//Por ello, desde el punto de vista funcional, el Estado, al cumplir de manera directa o indirecta, centralizada o descentralizada, con estructuras propias o a través de particulares sus cometidos o tareas, debe garantizar el respeto de los derechos de las personas y en general la realización de los principios y finalidades propios del Estado Social de Derecho, lo que en términos de administración pública supone la aplicación de modernas técnicas y métodos de gestión, así como la expedición de disposiciones necesarias para consolidar ese nuevo modelo de código”.

las categorías y formas jurídicas, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. (...) Es una *idea ordenadora*, (...) y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema (Schmidt-Assmann, 2003, p.1).

Formas jurídicas, serían la ley, el acto administrativo, etc., e institución o figura sería el arbitraje.

Ahora bien, Schmidt-Assmann señala que sistema y pensamiento sistemático* son expresiones muy conocidas en la Ciencia del Derecho, pues sus

* Sobre este concepto, debe entenderse que: “El pensamiento sistémico es la actitud del ser humano, que se basa en la percepción del mundo real en términos de totalidades para su análisis, comprensión y accionar, a diferencia del planteamiento del método científico, que solo percibe partes de este y de manera inconexa. El pensamiento sistémico aparece formalmente hace unos 45 años atrás, a partir de los cuestionamientos que desde el campo de la Biología hizo Ludwig Von Bertalanffy, quien cuestionó la aplicación del método científico en los problemas de la Biología, debido a que este se basaba en una visión mecanicista y causal, que lo hacía débil como esquema para la explicación de los grandes problemas que se dan en los sistemas vivos. Este cuestionamiento lo llevó a plantear un reformulamiento global en el paradigma intelectual para entender mejor el mundo que nos rodea, surgiendo formalmente el paradigma de sistemas. El pensamiento sistémico es integrador, tanto en el análisis de las situaciones como en las conclusiones que nacen a partir de allí, proponiendo soluciones en las cuales se tienen que considerar diversos elementos y relaciones que conforman la estructura de lo que se define como “sistema”, así como también de todo aquello que conforma el entorno del sistema definido. La base filosófica que sustenta esta posición es el Holismo (del griego *holos* = entero). Bajo la perspectiva del enfoque de sistemas la realidad que concibe el observador que aplica esta disciplina se establece por una relación muy estrecha entre él y el objeto observado, de manera que su “realidad” es producto de un proceso de co-construcción entre él y el objeto observado, en un espacio –tiempos determinados, constituyéndose dicha realidad en algo que ya no es externo al observador y común para todos, como lo plantea el enfoque tradicional, sino que esa realidad se convierte en algo personal y particular, distinguiéndose claramente entre lo que es el mundo real y la realidad que cada observador concibe para sí. Las filosofías que enriquecen el pensamiento sistémico contemporáneo son la fenomenología de Husserl y la hermenéutica de Gadamer, que a su vez se nutre del existencialismo de Heidegger, del historicismo de Dilthey y de la misma fenomenología de Husserl. La consecuencia de esta perspectiva sistémica, fenomenológica y hermenéutica es que hace posible ver a la organización ya no como que tiene un fin predeterminado (por alguien), como lo plantea el esquema tradicional, sino que dicha organización puede tener diversos fines en función de la forma como los involucrados en su destino la vean, surgiendo así la variedad interpretativa. Estas visiones estarán condicionadas por los intereses y valores que posean dichos involucrados, existiendo solamente un interés común centrado en la necesidad de la supervivencia de la misma. Así, el Enfoque Sistémico contemporáneo aplicado al estudio de las organizaciones plantea una visión inter, multi y transdisciplinaria que le ayudará a analizar a su empresa de manera integral

raíces las encontramos en las nociones de orden y unidad que ‘a su vez, no son sino una consecuencia de la “tendencia generalizadora que posee la justicia” (Schmidt-Assmann, 2003, p.2).

De la anterior forma, cuando observamos la aplicación y operatividad de la figura del arbitraje en los esquemas actuales de administración de justicia, tanto nacional como internacional, debemos entenderla como que ella –dentro de una dinámica de pensamiento sistémico*– así como la Ciencia del Derecho no han de estar atadas “a una escala rígida de valores, ni (...) convertirse tampoco en algo estático” (Schmidt-Assmann, 2003, p.2). Es más, así como la Ciencia del Derecho, sus teorías o afirmaciones deben depender del progreso del conocimiento y la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta (Schmidt-Assmann, 2003, p.2).

El Derecho Administrativo –y las figuras jurídicas que dentro de su ámbito de acción tienen operatividad– en clave del pensamiento sistémico, mas no del científico, da respuesta a los enormes retos que el panorama actual presenta, afronta oportunidades y peligros que van conectados con el progreso técnico y científico, resuelve los problemas que están en el núcleo del recorte de recursos financieros y, sobre todo, induce “las nuevas

permitiéndole identificar y comprender con mayor claridad y profundidad los problemas organizacionales, sus múltiples causas y consecuencias. Así mismo, viendo a la organización como un ente integrado, conformada por partes que se interrelacionan entre sí a través de una estructura que se desenvuelve en un entorno determinado, se estará en capacidad de poder detectar con la amplitud requerida tanto la problemática, como los procesos de cambio que de manera integral, es decir a nivel humano, de recursos y procesos, serían necesarios de implantar en la misma, para tener un crecimiento y desarrollo sostenibles y en términos viables en el tiempo”. Tomado de <http://www.iasvirtual.net/queessiss.htm>

* En palabras del propio Schmidt-Assmann, y la idea de la aplicación del pensamiento sistémico a la Ciencia del Derecho (administrativo), “(...) la perspectiva o visión sistemática ofrece una acertada visión de conjunto; aporta las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno. La tesis central de esta obra se puede condensar en las siguientes palabras: solo si se construye sistemáticamente el Derecho Administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho Administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la administración pública y de su quehacer”.

formas [arbitraje] de interacción y reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad que derivan de la privatización” (Schmidt-Assmann, 2003, p.3).

Tanto la administración pública como la administración de justicia (independientemente de que quien la ejerza sea un juez o árbitro) en un Estado de Derecho se halla sujeta a tres principios constitucionales del mayor peso jurídico, cuales son, la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la ley y al Derecho y la vinculación a la garantía de la tutela judicial (Schmidt-Assmann, 2003, p.4). Sin embargo, esto no es una ‘fórmula unívoca’ que aplique solamente al poder ejecutivo, sino que alcanza a todas las organizaciones jurídico-públicas y a amplios sectores de la acción y organización privada de la administración, “con las que hacen frontera, en constante movimiento, tanto actividades públicas como privadas, y en donde se separan al tiempo que entrecruzan las esferas social y estatal” (Schmidt-Assmann, 2003, p.4).

En la misma línea de acción que la antes planteada, el arbitraje tiene en Colombia un sólido respaldo en el artículo 116 constitucional y ahora en la nueva ley que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

En la discursiva del pensamiento sistémico, debe señalarse que la “Constitución impregna de forma particularmente intensa [todo] el Derecho Administrativo” (Schmidt-Assmann, 2003, p.15), “[a]sí, Ludwig Von Rónne diría a este propósito que el ‘Gobierno no solo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho Administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales, tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración” (Schmidt-Assmann, 2003, p.15).

Además, y en esa necesaria relación que hay entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo como sistema, debe señalarse que aquel fortalece e impregna a este. La importancia del Derecho Constitucional frente al Derecho Administrativo consiste en que él opera no solo como marco de verificación de la constante revisión de los dogmas y estructuras tradicionales, sino también como receptor de nuevas tendencias. Con base en esto,

[l]os interrogantes por resolver saltan a la vista: ¿Resulta actualmente el Derecho Administrativo lo suficientemente flexible como para hacer frente a las nuevas situaciones y escenarios de riesgo que la sociedad presenta? ¿Son apropiadas las categorías jurídicas de que dispone para ahormar y disciplinar razonablemente las cambiantes técnicas de dirección y de producción del Estado moderno de acuerdo con los dictados y las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho? ¿Cómo se pueden compensar y equilibrar las distintas exigencias o requerimientos –constitucionales (...)– de legitimidad democrática de la Administración pública? (Schmidt-Assmann, 2003, p.17).

Resulta claro que, en los cuestionamientos del doctor Schmidt-Assmann, cabría considerar la figura del arbitraje, su operatividad y potencialidad, en el Derecho Administrativo actual.

Pero, ¿en qué concepto o principio superior podríamos fundamentar, por ejemplo, la explotación del máximo potencial de una figura como el arbitraje para la resolución de conflictos jurídicos al mismo nivel que las administraciones de justicia de los Estados de Derecho?

En nuestra opinión, podríamos partir por decir que en esa relación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo se sientan los postulados básicos de las relaciones entre el ciudadano y la Administración (entendida esta en su sentido más amplio). Esa posición subjetiva de la

persona, la dignidad humana, es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre todo el ordenamiento jurídico. La dignidad humana es realmente una garantía, quizás la más alta y la más importante, del Estado de Derecho, el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, su fuente principal y, además, aquella que disciplina las relaciones del Estado con el hombre*.

Si bien, Schmidt-Assmann hace la referencia directa a la Constitución alemana, el planteamiento se puede validar a otras esferas geográficas en el sentido de indicar que “la posición fundamental que ocupa el individuo frente a la comunidad estatal se caracteriza por ser una *relación jurídica*” (Schmidt-Assmann, 2003, p.19). Esta vincula sujetos jurídicos distintos que han tenido relaciones sociales preexistentes. En el Derecho administrativo, esa relación jurídica también se encuentra presente, pero con una característica especial y es la *prelación* entre los sujetos jurídicos que integran esa relación (Schmidt-Assmann, 2003, p.19).

Como lo señala Schmidt-Assmann, “En los orígenes del Derecho administrativo, esa prelación entre sujetos respondía a la idea de la *subordinación* del individuo, propia de un Estado y de una Administración cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible” (Schmidt-Assmann, 2003, p.19). La, en cierto modo, ingenua primacía del Estado administrador será una constante, un dato previo, pero como pronto lo anotó el Tribunal Federal alemán, esa relación jurídico-administrativa es incompatible con la Constitución –alemana, para el caso específico– pues la manera como se

* Schmidt-Assmann, citando a Stern, señala que “La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad’. La dignidad humana (Art. 1 GG) determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal”.

relaciona el hombre con el Estado no es en condición de súbdito sino de ciudadano, aunque el individuo se halle sometido al poder público*.

Ahora bien, si la forma como se relaciona el hombre con el Estado es en una condición de ciudadano, Schmidt-Assmann rápidamente sustenta que ese relacionamiento no es una posición de igualdad entre las partes, o por lo menos no en todo el universo de las relaciones Estado-ciudadano, aunque en algunos sectores actúen en fórmulas cooperativas y de consenso**.

Lo anterior se entiende plenamente en cuanto a la administración pública (en el ejercicio de sus poderes que atiende obligaciones y necesidades de la comunidad)*, es decir, que dicha relación de hombre-Estado no pueda

* “De la naturaleza del ser humano se infiere, tanto desde un punto de vista histórico como lógico, que solo existe el deber, y no el derecho, frente al Estado”, diría Georg Jellinek. Y en términos similares se expresaría Otto Mayer: ‘De este modo, el Derecho administrativo está determinado por los sujetos jurídicos cuyas relaciones ha de regular. Por una parte, el Estado, que es el que ejerce la actividad administrativa, esto es, el que administra. Y frente al Estado administrador se halla la masa de los hombres que a él están sometidos y la multitud de las corporaciones humanas y de las personas jurídicas. Todos ellos constituyen el otro sujeto de Derecho, individual o colectivamente, en función de cuál sea la forma en que aquellos se ven afectados por la actuación estatal’”.

** “¿Significa ello que en la actualidad ha de partirse de la premisa de que el ciudadano y la Administración se hallan en una posición de igualdad, en lugar de estar presididas sus relaciones por la idea de subordinación? Desde luego, la realidad administrativa nos muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la Administración se relacionan sobre la base de la igualdad y actúan a través de fórmulas cooperativas y de consenso (vid. 1/45-47). No obstante ello, la tesis o concepción de la posición igualitaria resulta estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano. Los artículos 1 y 20 GG reconocen la primacía del individuo; pero no la posición de igualdad con el Estado. Una cosa es, pues, que el individuo tenga la primacía y que sea considerado como una persona con un valor e identidad propias e irrepetibles y otra, muy distinta, que la persona se halle en pie de igualdad con el Estado. Es cierto que el ciudadano se halla orientado y vinculado a la comunidad y que de esa relación con la comunidad surgirán necesidades –entre ellas, la necesidad de dictar normas– a las que el Estado habrá de subvenir. Pero no lo es menos, sin embargo, que la reacción o respuesta del Estado habrá de legitimarse justamente en esas necesidades y en ellas habrá de encontrar la medida”.

◆ “La tesis de que el Estado y el individuo se hallan en pie de igualdad tampoco resulta adecuada, pues una tal concepción no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del Derecho Administrativo, habida cuenta de que no da respuesta a las necesidades de actuación que pueda demandar la comunidad estatalmente constituida. Es más, el Estado democrático de Derecho, en su composición jurídica, es *Estado*, y sus órganos se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse. No cabe, en ese sentido, exclusivamente el pacto o la cooperación. No ha de olvidarse, en efecto, que el Estado está obligado a garantizar el Derecho y los derechos de sus miembros. Y ello no se alcanza generalmente

manejarse enteramente a través de una concepción igualitaria*, pero tratándose de esos mismos sujetos, de esa misma relación jurídica, enfrentados *vis a vis* en un proceso jurisdiccional como sería el arbitraje, necesariamente tendríamos que entablar un relacionamiento igualitario, so pena de perjudicar la lógica de la garantía del principio constitucional del debido proceso.

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo y Constitucional, la operatividad del arbitraje frente al daño ambiental como método alternativo de solución de conflictos es viable como fundamento en el Estado Social de Derecho en Colombia, por cuanto la dignidad de las partes enfrentadas exige que de ellas, y entre ellas, se predique su condición de igualdad, independientemente de que estemos nosotros los ciudadanos ante la presencia del todopoderoso Estado.

Dada esta importancia inherente al ser humano y a la responsabilidad del

mediante la igualdad y a través del consenso. Por otro lado, esa misión indeclinable de garantía no está solo encomendada al legislador y al poder judicial, sino también, y en una alta medida, al ejecutivo. Ha de notarse, a tal propósito, que la Administración pública en buena parte se mide por su acción; por lo que logra producir y prestar. Y para ello habrá de servirse también de la coercibilidad y de las decisiones unilaterales, elementos estos que no pueden explicarse a la luz de la igualdad. El poder normativo y el monopolio de la tutela en manos del Estado son irrenunciables, de acuerdo con el orden constitucional. Sin ellos no se podrían reparar las infracciones, las quebras del Derecho; como tampoco cabría dar respuesta a los nuevos y grandes retos que plantean los grupos de poder, la técnica o las cuestiones internacionales. Ahora bien, en el cumplimiento de esas funciones, el Estado habrá de atenerse a las competencias constitucionalmente atribuidas y al procedimiento establecido”.

* “La concepción de la igualdad entre el Estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido. De acuerdo con la Constitución, las relaciones Estado-ciudadano, esto es, entre libertad ciudadana y competencia estatal, resultan *asimétricas*. El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El Estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida. Es esta una nota distintiva que tiene carácter constitutivo a los efectos de sistematizar el Derecho Administrativo. Dogmas tan relevantes como la necesidad de legitimación de la acción administrativa, o los que se refieren a la observancia de los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros, encuentran aquí su epicentro. Esta distinción, por lo demás, tiene su continuidad en el concepto de responsabilidad o *competencia administrativa*, que no es sino una expresión de la posición fiduciaria que ocupa la Administración pública”.

Estado es que debemos entrar a analizar mecanismos de protección que no sean solo los que normalmente se plantean como la acción popular o de grupo, cuyo desarrollo legal establece en la mayoría de los casos un largo y tortuoso camino judicial donde el daño que se produce al ambiente y a los recursos naturales se ve incrementado; es ahí donde visionando que igual situación se produce aun con la acción de tutela que se puede impetrar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio eminente e irremediable en conexidad con el derecho a la vida o salud; cuando no de manera directa se puede presentar, como ha facultado la misma Corte Constitucional, si nos encontramos en presencia de un daño al recurso natural del agua potable que es el caso por mandato jurisprudencial, que el mecanismo procesal de la tutela lo eleva para su uso como un derecho fundamental, que nos instó a efectuar esta propuesta de tomar al arbitraje como mecanismo alternativo en la solución de conflictos para su estudio como una solución pronta, ágil, segura y justa frente al impacto que ocasiona el daño ambiental, con fundamento incluso en el principio de precaución si finalmente ya en las teorías de la responsabilidad se consagró la medioambiental como de régimen objetivo bajo la teoría de daño especial, o introduciendo una nueva imputación, como es la teoría del riesgo creado, pero este sería tema a profundizar en otro capítulo; por ahora analizamos el Instituto del Arbitraje, con miras a dirimir esos conflictos de doble connotación individuales y colectivos.

Y es el principio de precaución que nos da esa fundamentación legal y técnica por su misma existencia pues son medidas en definitiva cautelares que exigen la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medioambiente, operando ante la amenaza a la salud o al medioambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos; cuanto no más en presencia de un daño consumado o reiterativo. El principio de precaución en materia ambiental se distingue del principio de prevención, porque el primero exige tomar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que este ocurra; mientras que el principio de pre-

vención obliga a tomar medidas, dado que se conoce el daño ambiental, que puede producirse caso específico, la omisión del Estado en cualquiera de sus actividades, más en la prestación de los servicios públicos.

¿Por qué dejar entonces transcurrir tiempo para que el daño ambiental se consolide o en el mejor de los casos se consuma, si podemos por vía de este mecanismo resolver las controversias y entrar a adoptar medidas de prevención?

Nuestra conclusión, que en realidad es una recomendación a los constitucionalistas especialmente, es que se permitan visualizar jurídica y procesalmente al arbitraje, mecanismo alternativo de solución de conflictos, como el instituto idóneo para terminar todos los problemas, dificultades o posibles litigios frente al daño ambiental, no obstante su régimen de responsabilidad objetiva, donde para imponer las sanciones solo se mira el grado de imputación del culpable, para determinar la cuantía o multa para ser retribuida al ambiente o recurso natural menoscabado, pues la pena personal en caso del delito es materia de pérdida de la libertad, es decir, si se transa el impacto ambiental al imponer multas e incluso tasas denominadas retributivas y compensatorias como no pueda ser por esa misma vía objeto de arbitraje acordado previamente o incluso por disposición directa de la ley.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, O. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arboleda, E. (2011). *Comentarios al Nuevo Código de Procesamiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de 2011. Primera edición. Bogotá: Legis.
- Arias, A. (1999). Los derechos colectivos y su relación con el medio ambiente. Recuperado en: *Revista Jurídica Online*, tomo 13.

- Aristizábal, J. (2010). *Metamorfosis, guerra, Estado y globalización en Colombia*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Aragón Reyes, M. (2007). La Constitución como paradigma. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta.
- Bejarano Guzmán, R. (2008). *Procesos declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*. Cuarta edición. Bogotá, Colombia: Temis.
- Benetti Salgar, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano*. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Bernal Bernal, R. (2008). *Notas de arbitraje. La constitucionalización del arbitraje*. Bogotá D.C.: Uniempresarial, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Bernal Gutiérrez, R. (1997). *El arbitraje, la alternativa actual*. Santa Fe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Bobbio, N. (1993). Igualdad y libertad. Introducción de Gregorio Peces-Barba. *Pensamiento Contemporáneo*, 24. Paidós ICE-UAB.
- Bodenheimer, E. (1964). *Teoría del derecho*. México.
- Brown, W. & Williams, P. (2003). *La crítica de los derechos*. Estudio preliminar de Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Universidad de los Andes. Instituto Pensar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Camargo, P. P. (2005). *El debido proceso*. Tercera edición. Leyer.
- Carbonell, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. En *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Castaño, L. (2010). *La Interpretación Constitucional*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Cediel, M. *La solución para las diferencias en contratación administrativa*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. Colección Métodos Alternos.
- Chinchilla H., T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Constitución Política de Colombia 1991. Bogotá: Editorial Temis.

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Constitucionalidad número 123 de 2014.
- Cuéllar Saavedra, Ó. (1994, mayo-agosto). La idea de soberanía en los orígenes de la teoría política moderna. *Revista Sociológica*, 9(25), 11 y 12. Seguridad y soberanía nacionales en América Latina.
- Dueñas Ruiz, O. J. (2008). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- Engels, F. (2008). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Bogotá: Editorial Torre Fuerte.
- Kennedy, D. (2005). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo López. Segunda reimpresión. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Siglo del Hombre Editores.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta.
- Fioravanti, M. (1998). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Segunda edición. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Madrid: Editorial Trotta.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta.
- Forero Forero, C. H. (2002-2003). Principios constitucionales: Manifestación positiva de los Principios Generales del Derecho (Sistema Jurídico colombiano: Derecho en parte natural y en parte positivo). *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (6), 167-192.
- Gamboa Morales, N. (2006). *Apuntes sobre arbitraje internacional*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

- Gil Echeverry, J. H. (2011). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Tercera edición. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Parte General, Capítulo III, “Bases Políticas, Supraconstitucionales y Sociales del Derecho Administrativo”. Tomado de: <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>
- GTZ (2006). Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente. Tomo I. Descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa. Segunda edición actualizada. Diego Younes Moreno.
- GTZ (2006). Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente. Tomo III. Estrategias para la descongestión en lo contencioso administrativo: Proceso modelo y proceso testigo. Diego Younes Moreno.
- GTZ (2008). Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente. Tomo V. Vía Gubernativa-Conciliación-Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo. Diego Younes Moreno.
- Hernández Villarreal, G. (2007). Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas? *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 9(001), 183-204.
- Jaramillo Uribe, J. (1982). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Tercera edición. Bogotá: Temis.
- Jestaedt, M. (2008). La Teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades. En E. Montealegre (Coord.), *La Ponderación en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Kennedy, D. (1976). *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Boston: Harvard Law Review.
- Kennedy, D. (1997). *A critique of adjudicación*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2005). Libertad y restricción en la decisión judicial. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo

- López. *Nuevo Pensamiento Jurídico*. Segunda reimpresión. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (1994). *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Santa Fe de Bogotá: Jurídica Radar Ediciones.
- López Medina, D. (octubre de 2008). *Ámbito Jurídico*, XI(259), 16. Colombia: Legis.
- López Medina, D. E. (2009). ¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América Latina? En D. Bonilla Maldonado (Ed.), *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Primera edición. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- López Medina, D. E. (2009). *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Luna Benítez, L. A. (1981). *Lo contencioso administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Malagón Pinzón, M. A. (2007). *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Neira, N. H. (2013). El pacto arbitral. En *Estatuto Arbitral Colombiano*. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Mantilla, F. & Oñate, T. (2013). *La “dignidad” de la Corte Constitucional*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Mejía Martínez, C. (2007). El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional. En F. Herrera Mercado & F. Mantilla Espinosa (Eds.), *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Especialización en Negociación, Conciliación y Arbitraje. 10 años*. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.
- Mier Barros, P. (junio de 2000). Las materias susceptibles de arbitramento. *Revista de Derecho Público*, (11). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Mijailov, M. I. (2004). *La Revolución Industrial*. Bogotá: Ediciones Universales.

- Monroy, M. (2010). *Introducción al Derecho*. Décima edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Monroy, M. (2013). *Interpretación constitucional*. Tercera edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada.
- Montealegre, E. (Coord.) (2008). *La ponderación en el derecho*. Matthias Jes-taedt, Manuel José Cepeda, Rodolfo Arango, Henrik López, Carlos Bernal, Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Naranjo, V. (2010). *Teoría Constitucional e Instituciones Jurídicas*. Undécima edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Nava Negrete, A. (Comp.) (1995). *Derecho Administrativo Mexicano*. México D.F.: FCE.
- Noguera, R. (2010). *Introducción General al Derecho*. Cuarta edición. Bogotá: Fundación Fondo de Publicaciones. Universidad Sergio Arbole-da.
- Notas de Arbitraje, Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogotá. 2008.
- ONU. Primera Cumbre Mundial Ambiental, La Cumbre del Medio Hu-mano, Estocolmo, Suiza (1972).
- ONU. Segunda Cumbre Mundial Ambiental, La Cumbre de la Tierra. Río de Janeiro, Brasil (1992).
- Oppetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Rome-ro, Fabricio Mantilla Espinoza, José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores.
- Pochard, M. (2008). *La evolución del contencioso administrativo en el mundo*. Traducción de Grenfieth Sierra Cadena. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés.
- Prieto Monroy, C. A. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, diciembre, (106).
- Quinche Ramírez, V. A. y otros. Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(001), 117-134.

- Rengifo García, E. (2004). *Del Abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Misión y visión. Recuperado en <https://www.minambiente.gov.co/index.php/ministerio/mision-y-vision>
- Restrepo Medina, M. A. (2007) (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.
- Revez, E. (1997). *El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia*. FONADE. Bogotá: Carlos Valencia Editores.
- Rousseau, J. (2006). *El origen de las desigualdades humanas*. Bogotá: Ediciones Universales.
- Ruiz Orejuela, W. (2008). *Responsabilidad extracontractual. Frente a: Estado legislador, Medios de comunicación, responsabilidad fiscal, desplazamiento forzado y actos terroristas*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Santofimio, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Segunda Cumbre Mundial Ambiental. La Cumbre de la Tierra. Rio de Janeiro, Brasil, 1992, ONU.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Silva Romero, E. (2007). *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*. II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El Arbitraje y la Jurisdicción. Madrid. En http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Adopcion_de_Medidas_Cautelares_por_el_Juez_y_por_el_Arbitro._Eduardo_Silva.pdf
- Trias Monge, J. (2000). *Teoría de Adjudicación*. Primera edición. San José: Editorial de la Universidad de Puerto Rico.
- Université D'Ottawa (1989). *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*, diversos autores. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

- Valdés Sánchez, R. (1997). *La Transacción*. Bogotá: Legis.
- Valencia, L. (2004). *La Drummond paramilitar y tramposa*. Recuperado en <http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-la-drummond-contaminadora-paramilitar-tramposa/375750-3>
- Vilas, C. M. (1994). Entre el Estado y la globalización: la soberanía de la sociedad civil. *Revista Sociológica*, 9(25). Seguridad y soberanía nacionales en América Latina.
- Villegas Arbeláez, J. (2005). *Derecho administrativo laboral. Principios, estructuras y relaciones individuales. Relaciones colectivas y aspectos procesales*. Tomo 1 y 2. Séptima edición. Bogotá: Legis.
- Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zagrebel'sky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Zappalá, F. (julio-diciembre, 2010). Universalismo histórico del arbitraje. *Revista Vniversitas*, (121), 193-126.
- Zizek, S. (2011). *En defensa de las causas perdidas*. Ediciones Akal S.A.
- Zuleta Londoño, A. (2007). La protección constitucional del arbitraje. En F. Mantilla-Serrano (Coord.), *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Primera edición. Comité Colombiano de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Zuleta, E. (agosto, 2012). *Ámbito Jurídico*, XV(350), 17. Colombia: Legis.
<https://www.minambiente.gov.co/index.php/ministerio/mision-y-vision>
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13438364>
<http://www.elespectador.com/opinion/drummond-degradacion-social-y-ambiental-columna-470097>
<http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-la-drummond-contaminadora-paramilitar-tramposa/375750-3>
<http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>
http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/20/15_La%20rama%20legislativa%20del%20poder%20publico%20en%20Colombia.pdf
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=conferir

CAPÍTULO XI

Resignificar* la Formación Investigativa en los Programas de Derecho. *Un Estudio y una Propuesta para los Programas de Derecho de la Región Caribe***

*INÉS RODRÍGUEZ LARA****

* Mediación para dar un salto de la práctica a la *praxis* (Sánchez, 2008). Propuesta transformativa, surgida del ejercicio investigativo en procura de superar la crisis de las prácticas (Rodríguez, 2014).

** Proceso de elaboración de saberes que emana de la reflexión sistemática, producto de la relación entre la teoría y la práctica pedagógica, tanto por parte del estudiante, como del docente, de la institución y de la comunidad en general (MEN, 2000).

*** Maestra, Abogada, Especialista en Derecho Procesal, Magíster en Educación, Doctoranda en el Doctorado en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Docente investigadora, Coordinadora de la línea de investigación Tendencias del Derecho Laboral. ierodriguez1@hotmail.com

Este capítulo de libro es un estudio y una propuesta que caracteriza el proceso de formación investigativa en los programas de Derecho de la región Caribe e interpreta las concepciones y apreciaciones de estudiantes, docentes y directivos del papel de la formación investigativa en la educación del estudiante de Derecho y del abogado; y define sus fundamentos epistemológicos, teóricos y metodológicos.

Pretende poner a dialogar los fundamentos epistemológicos de las teorías: el Derecho todo un campo de relaciones (Bourdieu); La acción comunicativa (Habermas); La pedagogía crítica (Freire); La investigación acción educativa (Elliot) y La formación en competencias (Tobón) para fundamentar la teoría de la resignificación de la formación investigativa de la práctica a la *praxis*.

Plantea la resignificación de la formación investigativa en los programas de Derecho presentando una propuesta didáctica para desarrollar su formación investigativa, desde una visión interdisciplinar que permita formar al futuro abogado para el análisis crítico y reflexivo de la realidad social e interpretar el ordenamiento jurídico situándolo como actor y facilitador de los procesos de desarrollo y cambio social.

Es una investigación de tipo cualitativo, bajo la teoría socio-crítica, con un enfoque hermenéutico, utilizando como técnicas de recolección de información la revisión y análisis documental, la entrevista y la encuesta dirigida.

El universo son los programas de Derecho; la población, los programas de Derecho de las universidades de la Costa y la muestra por definir.

A partir de la Constitución de 1991, la educación superior ha reconocido que no puede quedar restringido este nivel a la sola transmisión de conocimientos y por tal razón le ha apuntado a la formación integral, lo ético,

la interacción en el mundo, las nuevas tecnologías y la investigación. En este último aspecto, el documento de Política y calidad de la educación superior de la Unesco (1995) ha expresado que “la Educación Superior debe dedicarse plenamente a la investigación” ya sea en el sentido estricto o en la formación investigativa.

Es así, que los programas y/o Facultades de Derecho que tienen por objeto la formación de abogados reconociendo sus funciones muy relevantes en la sociedad tales como administrador de justicia, operador de justicia, consultor, asesor e investigador de las problemáticas jurídicas y sociojurídicas; de ahí que por su especial lugar entre las profesiones ha iniciado un análisis de la situación actual del proceso de formación.

Por consiguiente, en esta primera década se ha iniciado una revisión y análisis de la situación de los programas de Derecho y por ende de la formación de abogados. Se conocen los estudios recientes realizados por el Ministerio de Educación, el Ministerio de Justicia y el Derecho, y la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho en lo atinente a su calidad. También se conocen análisis con respecto a la formación de abogados y la democracia, la formación del abogado y la oralidad, entre otros.

Este trabajo de tesis doctoral se desarrolla en un contexto en el cual la formación de abogados se caracteriza por el aprendizaje memorístico de preceptos, leyes, decretos incorporados en códigos. Al momento de realizar análisis de la situación actual se determina que existe una crisis en la formación del abogado, como lo afirma Giacometto y García (2000): “la mayor deficiencia en los programas de Derecho y por ende en la formación de abogados es que hay un exceso de teorización en detrimento de la ampliación práctica y la falta de formación en investigación”.

Al abordar lo que ha sido desde sus inicios el proceso de formación investigativa en Derecho, el profesor Witker (2008) establece un diagnóstico

del estado actual de la investigación jurídica en América Latina, señalando que “La investigación jurídica se encuentra en una crisis generalizada en América Latina”; varias son las causas que tentativamente explican la situación:

el predominio de la concepción positivista-formalista del Derecho, el aislamiento de los estudios jurídicos respecto al resto de las ciencias sociales que impiden enfoques globales a los problemas jurídicos, una enseñanza jurídica discursiva, memorística y repetitiva que omite todo juicio crítico y participativo de estudiantes pasivos y esencialmente receptivos (Witker, 2008).

A estos aspectos causales de la crisis se deben adicionar los complejos retos del mundo globalizado, que plantea y exige a los sistemas jurídicos estructurados interacción global; por eso, se hace necesario diseñar y crear nuevos enfoques que adecúen el Derecho a las necesidades de la sociedad contemporánea. Para ello, el fortalecimiento del proceso de formación investigativa sería uno de los elementos que requieren un nuevo enfoque y diseño.

Al realizar el reconocimiento de la realidad se encuentra que la formación investigativa en los programas de Derecho se ha asignaturalizado: “epistemologías y metodologías”; la anterior afirmación es producto de la revisión y análisis de los planes de estudio de programas de Derecho de las universidades de la región Caribe que muestran una serie de asignaturas distribuidas en los semestres; en algunos casos con dos, tres, cuatro o más asignaturas; en unas más que otras.

En el mismo sentido, se presenta mucho desconocimiento del papel de la investigación en la formación profesional del abogado y de los elementos curriculares y didácticas que permitan generar una auténtica cultura científica y que conviertan la investigación efectivamente en el eje transversal del currículo.

De la misma manera, otra estrategia utilizada para el desarrollo del proceso de formación investigativa por los programas de Derecho son los semilleros de investigación, entendidos como espacios donde los estudiantes se relacionan con los investigadores en sentido estricto, se familiarizan con los proyectos de investigación y muchas veces hacen parte de redes, entre las cuales está la Red Colombiana de Semilleros de Investigación. No obstante al revisar qué tanta es la participación de los estudiantes del programa de Derecho, se colige que el número que hace parte de estos semilleros es muy reducido y poco representativo frente al de estudiantes con que cuenta cada programa.

Ahora bien, el proceso de formación investigativa tendrá como finalidad la de aprender (formar en) las actividades propias de la investigación, familiarizarse con la investigación donde sobresalen la docencia investigativa, los cursos mismos de investigación, la participación en semilleros, de tal manera que el abogado aprenda a investigar y así podrá reconocerse el abogado investigador porque piensa de manera crítica y reflexiva los problemas del entorno.

Por lo anterior, se formula la siguiente pregunta científica:

¿Cuáles serían los fundamentos epistemológicos, pedagógicos, teóricos, y metodológicos de una propuesta didáctica para la resignificación de la formación investigativa en los programas de Derecho?

Gráfica 1. Articulación de la caracterización del problema con la pregunta científica y preguntas específicas

Caracterización del Problema	Pregunta Científica	Preguntas Específicas
-Asignaturalización -Desconocimiento del papel de la formación investigativa en la formación de abogados -Disciplinarietàad -Estudiantes pasivo-receptivos -Falta de docentes investigadores	¿Cuáles serían los fundamentos epistemológicos, pedagógicos, teóricos, y metodológicos de una propuesta didáctica para la resignificación de la formación investigativa en los programas de Derecho?	¿Cuáles son las características del proceso de formación investigativa en los programas de Derecho?

Caracterización del Problema	Pregunta Científica	Preguntas Específicas
		¿Cómo conciben los profesores, estudiantes y directivos, de los programas de Derecho el proceso de la formación investigativa?
		¿Cuáles son los fundamentos epistemológicos, teóricos y metodológicos de la formación investigativa en los programas de Derecho?

El Derecho no podría quedar reducido al estudio del ordenamiento jurídico vigente, a la elaboración de demandas y contestaciones, al estudio de los aspectos administrativos y procesales; es necesario ampliar la acepción del Derecho contemplándolo como aquel eje articulador de las problemáticas sociales que afronta y que debe resolver el Estado colombiano.

Por lo anterior, la comunidad científica y los programas de Derecho están comprometidos en formar un abogado con solidez académica y competencias investigativas centradas en el objeto epistemológico de la formación jurídica. Para que el saber profesional se adapte a los continuos cambios del país respondiendo a sus necesidades sociales, interpretando la realidad jurídica.

Por consiguiente, los programas de Derecho deben asumir que para el abogado cada asunto debe ser un problema que habrá de investigar, para así obtener a su respecto el fallo de la justicia. Siendo así, es necesario que el método y la técnica de la investigación deban ser enseñados simultáneamente a la par del sistema jurídico vigente, sus técnicas y su aplicación (Bascañán, 1950).

Y como consecuencia, debe orientarse el proceso de formación universitaria del pregrado de Derecho, en el sentido de procurar un adecuado

equilibrio en la transmisión de conocimientos teóricos y prácticos con miras a formar al mismo tiempo al profesional de hoy y del futuro, al jurista del sistema jurídico colombiano y al investigador para que identifique los problemas de un contexto, para que así defina y enmarque el problema central, de tal manera que formule muchos interrogantes a los cuales deberá darle respuestas en las conclusiones y atreverse a brindar recomendaciones o actividades propositivas para corregir y prevenir los problemas futuros.

Es así, que se han implementado procesos que permiten la articulación de la enseñanza y el aprendizaje en los procesos de construcción de conocimientos, la reflexión sistemática en la teoría y experiencia pedagógica, teniendo la investigación como fuente de transformación social al servicio de la formación de la humanidad.

Consecuentemente, ha surgido la incorporación de la formación investigativa que se viene desarrollando en las universidades por los programas de Derecho de Colombia a mediados de la década de los 80, en algunos casos, y a partir de ahí se fueron incorporando estrategias pedagógicas para desarrollarlas mostrando interés en la investigación.

El campo de interés de esta investigación es la comunidad científica en las instituciones universitarias con programas de Derecho, los docentes investigadores y los estudiantes. El conocimiento que se estima obtener es el estudio de las experiencias que se han utilizado para la formación investigativa de abogados y la finalidad como doctoranda en Ciencias de la Educación es ofrecer una definición inicial de una didáctica interdisciplinaria que fortalezca las prácticas investigativas en la formación de abogados para la región.

Finalmente, los requerimientos-necesidades se sustentan en la medida que hay nuevas formas y exigencias de leerse el Derecho; en el mismo sentido,

la relevancia en el contexto social profesional del abogado: “No hay sociedad donde los abogados no jueguen un rol sustancial en el mundo.

De ahí, que su lugar en el universo de las profesiones ha de ser de gran connotación, teniendo en cuenta que su campo de acción está presente en la gestión, la administración y las funciones del poder público, en la solución de conflictos entre ciudadanos y entre estos con el Estado, y en la facilitación de los negocios jurídicos, como operador de justicia.

El alcance de este trabajo de investigación, es una real y efectiva curricularización de la formación investigativa interdisciplinaria, con verdaderos docentes y estudiantes investigadores y el carácter innovador es el fortalecimiento de las prácticas investigativas, pensando en los abogados para el siglo XXI.

Contexto

La región Caribe colombiana cuenta con 26 programas de pregrado de Derecho distribuidos en los siete departamentos que la conforman, de los cuales siete programas corresponden al Atlántico, seis a Bolívar, tres al Cesar, cuatro a Córdoba, cuatro al Magdalena y dos a Sucre.

ESTADO DEL ARTE

Al aproximarnos a la construcción del estado del arte de esta problemática se connota que la formación investigativa en los programas de Derecho es una temática que no es nueva, y que ha sido objeto de estudio en el tiempo. En un principio, estas prácticas han sido cuestionadas y es así que encontramos la tesis en contra de la enseñanza a investigar, fundamentada en el elemento “que debe investigar aquel que tiene vocación para hacerlo” (Jiménez de Azua, 1962). No obstante, se ha aceptado y se ha venido trabajando la tesis de la defensa de la formación investigativa en los abogados; cabe traer a colación a Aníbal Bascuñán Valdés, quien ha afirmado:

“Amén de que dónde y cuándo podrá encontrarse un joven con vocación de sabio, si no es precisamente en la enseñanza de la investigación”.

Al revisar la producción escrita que ha estudiado, descrito y buscado las implicaciones previas de lo que ha sido el proceso de formación investigativa en los programas de Derecho se parte de los estudios realizados en España por González Ruiz (2003), quien para resaltar la importancia de desarrollar la formación investigativa ha expresado: “el papel de la formación investigativa en los programas de Derecho tiene un rol destacado e incentiva al alumno a pensar el Derecho”; este aporte, contribuye a los requerimientos y el aspecto innovador de esta tesis doctoral. En este mismo sentido, en México se encuentra lo expresado por Lara (1996): “la formación investigativa en los programas de Derecho debe ser todo un sistema procesal de cambio social”.

Ahora bien, problematizando la realidad en México, Witker (1995) se ha referido afirmando: “la formación investigativa es una de las áreas menos consideradas en la programas de Derecho de América Latina”, pero al mismo tiempo propone que el proceso de formación investigativa debe ser integrado. Para lo atinente a la caracterización del proceso en México, Hernández (1993) dijo: “la formación investigativa en los programas de Derecho ha tenido un carácter documental”.

Iniciando esta revisión, en Venezuela se encontraron los aportes de Jañez (1996), que hace referencia a cómo debe ser el proceso de formación investigativa en las escuelas de Derecho del país y precisan: “la formación investigativa en Derecho debe considerar las direcciones metodológicas, normativas, realistas y empíricas del Derecho y para que sean auténticas deben familiarizarse con la práctica”.

En Chile, se debe reconocer y destacar que de los países de América Latina, es donde desde la década de los 60 del siglo pasado se ha venido

proponiendo y problematizando lo alusivo al proceso de formación investigativa en los programas de Derecho y se parte de los aportes del defensor de la tesis de enseñar a investigar en Derecho, Bascuñán (1950), quien mencionó que “el método y la técnica de investigación debe enseñarse a la par del sistema jurídico vigente”, un abordaje de la relevancia del proceso y de su simultaneidad con el ordenamiento jurídico.

También, se encuentran los trabajos realizados por Álvarez Undurraga (2003), quien después de sintetizar la problemática en la disciplinarietà, el exceso de la técnica que ha caracterizado la formación investigativa propone que: “la formación investigativa debe tener una función interdisciplinaria”, lo anterior implica toda una propuesta didáctica basada en el sentido amplio de la interdisciplinarietà, que no es otra cosa, que el producto final de este trabajo de tesis doctoral.

Seguidamente, en Argentina, otro país latinoamericano, Orlor (2009) plantea: “el problema de cómo se enseña a investigar atraviesa a todas las instituciones académicas y proyectos pedagógicos de la enseñanza superior en ciencias sociales en nuestro país y en América Latina”; es así, que con lo anterior se fundamenta el problema de investigación de este trabajo de investigación.

Ahora bien en Colombia, hay que reconocer que se muestra interés y se destacan trabajos con aportes a la problemática, entre los cuales, Carreño (2012) ha afirmado: “la investigación tiene que ser una competencia para el estudiante de Derecho y el abogado”, la formación investigativa elevada a la categoría de competencia se convierte en un saber hacer investigación y como consecuencia se formula: ¿cómo formar entonces a nuestros estudiantes de Derecho en la competencia investigativa?

De igual manera, García Villegas y Rodríguez (2003) como resultado de una investigación han determinado que “la proliferación de estudios in-

terdisciplinarios con enfoque crítico en la formación investigativa en los programas de Derecho ha sido desordenada”.

También es importante resaltar lo expresado por Silva (2001), quien señala que “la intervención de otros saberes en la formación investigativa en Derecho no altera la naturaleza del producto final” y expresa que “en Colombia tampoco la investigación sociojurídica ha jugado un papel determinante en la creación y en el sentido de aplicación del Derecho”.

Así mismo, Bernal (2007) expresa que la investigación jurídica nos “obliga a una reformulación constante de su propuesta epistemológica”. Una de estas reformulaciones es la relativa a la inter y a la transdisciplinariedad, profesional y en el ejercicio académico se vive la fragmentación.

En la región Caribe, se connotan los estudios y los aportes de Mora (2008) cuando propone “una curricularización de la formación investigativa en los programas de Derecho” y de Restrepo (2003), quien como producto de su trabajo de investigación considera que “la formación investigativa es un problema pedagógico y por lo tanto debe ser estudiado desde la educación. La autora considera que es el espacio de los doctorados el llamado a tratar de resolver este problema.

La formación investigativa permite al estudiante estar al tanto de los cambios que se producen, en el dinámico mundo del conocimiento jurídico, además, con la consolidación de las nuevas tecnologías de la información, el alumno buscará por sí mismo los materiales de enseñanza del Derecho; por lo que resulta importante la orientación del profesor, reseñándole cuáles son las fuentes relevantes para el estudio, cómo se debe hacer dicha búsqueda de la información y cómo realizarse.

La investigación en el Derecho significa una actitud indagadora del es-

tudiante, construyendo sus propios conceptos a partir de las diferentes posiciones conceptuales que deberá estudiar; por lo tanto, supone una actividad creativa, sistemática e interdisciplinaria en la cual existe una interacción entre el sujeto (investigador) y su objeto (el conocimiento) que se intenta aprehender. Esta interacción también se da entre las normas y la realidad social regulada.

Finalmente, la formación investigativa en los programas de Derecho es una mediación que intenta superar los procesos memorísticos y reiterativos de datos que aparecen en los códigos y en las leyes, sin una capacidad mínima de análisis, sin reflexión ni interpretación crítica del fenómeno o institución jurídica estudiada. Debe ser una, implementada para desbloquear la perspectiva positivista, normativista y exegética, que reduce el derecho a lo que dicen las normas escritas, sin considerar los contextos económicos, sociales, políticos, culturales y los intereses materiales, que determinan la creación y el impacto que tienen estas normas en la sociedad.

REFERENTES TEÓRICOS

Es indispensable hacer algunas precisiones en lo concerniente al Derecho como tal, de él se puede afirmar que tiene un carácter científico. Desde esta perspectiva su objeto es claro y definido; tiene un método de estudio que conlleva a fortalecer su grado de científicidad.

El Derecho tiene entre sus características fundamentales que aborda realidades amplias y complejas, son amplias, entendiendo que no se puede identificar exclusivamente con normas jurídicas, también hacen parte de él, los principios generales del Derecho, las decisiones judiciales unificadas, la costumbre. No obstante a lo anterior surge también como regulador de la conducta del hombre en sociedad, asumiendo la responsabilidad de mantener un orden social y justo.

Por lo anterior, adquiere su carácter pluridimensional, es decir, se contempla Derecho desde diversas visiones, como norma, como hecho, como regulador; miradas entrecruzadas desde las que la filosofía del Derecho deberá enfocar la realidad jurídica. De esta forma, hablamos del Derecho como hecho regulador social, pero agregándole la dimensión normativa.

No hay sociedad donde los abogados no jueguen un rol sustancial en el mundo de la vida de los seres humanos. De ahí, que su lugar entre las profesiones es relevante, motivo por el cual su acción está presente en la gestión, en la administración y en las funciones del poder público, en la solución de conflictos entre ciudadanos y entre estos con el Estado, y en la facilitación de los negocios jurídicos, como operador de justicia, como asesor, como consultor y como investigador de las problemáticas.

Por otro lado, para otros autores el Derecho ha sido considerado como la forma de organización de la vida social, que implica un proceso científico, con conocimientos profundos del hombre y no meramente de creación ideacional. Ese proceso científico con conocimientos profundos llamado investigación.

En el aspecto de la investigación se hace referencia a dos tipos: la investigación propiamente dicha o en sentido estricto y la formación investigativa; la primera que tiene por finalidad hacer aportes a las ciencias jurídicas y la segunda que básicamente, su fin es orientar en el sentido de formar al profesional del abogado, para que se inicie como investigador y afronte la realidad, a otros niveles de formación.

La investigación propiamente dicha no puede quedar restringida a ser una actividad orientada a resolver desde la teoría las respuestas a problemas jurídicos, sino que la investigación tenga por objeto el estudio de reglas internas de la ciencia dando cuenta al objeto de la misma. En el mismo sentido, la formación investigativa no puede considerarse como el proceso

de facilitar unos métodos y técnicas de investigación, sino en un sentido más amplio, el compromiso de formar abogados investigadores.

La investigación como proceso de formación es un proceso de elaboración de saberes que emanan de la reflexión sistemática, producto de la relación directa entre la teoría y la experiencia pedagógica, tanto por parte del estudiante como del maestro gestor, del orientador del aprendizaje, de la institución educativa y de la comunidad en general.

Es por eso que el proceso de formación investigativa no se puede concebir como un conjunto de asignaturas planteadas en el plan de estudio, a un semestre o a un espacio especial, se instaura como un proceso de producción de impacto, constante y continuo, liderado por estudiantes y docentes en colectivos de trabajo de acciones interdisciplinarias, que potencien la “reflexión crítica sobre su propio ser y quehacer, para que aprendan a ver, a observar, a analizar y entender lo que hacen, viven y aprenden, y para que se inicien en la cultura de la investigación” (Documento marco MEN, 2000).

Al abordar los referentes teóricos que sustentan el trabajo de investigación se inicia con los aportes teóricos de Bourdieu (2000), quien al referirse a la naturaleza y estructura del Derecho lo concibe como todo un campo de relaciones, que presentan puntos de encuentro polémicos y por lo tanto se opone a concebir como el conjunto de normas, decretos, leyes y otros aspectos normativos; es así que expresa: “la perspectiva puramente interna y objetivista con que se ve al Derecho como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal, restringe la evolución del Derecho”.

Luego, en la misma dimensión y mostrando coherencia, surge Habermas (1989) cuando se opone a concebir o mirar el Derecho como una instancia y propone: “la teoría de la acción comunicativa en la que razón comunicativa se constituye en su centro; pues, es el medio lingüístico en donde se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida”, por

consiguiente, en ese mundo de relaciones que conforman el Derecho y que plantea Bourdieu es pertinente y eje articulador de la teoría de la acción comunicativa de Habermas. Será entonces la teoría de la acción comunicativa la que se utilizará en ese proceso de conciencia crítica, análisis crítico y reflexivo propuesto por Freire como condiciones de la pedagogía crítica al realizar la caracterización de lo que ha sido el proceso de formación investigativa en los programas de Derecho.

Otro fundamento teórico, es la investigación acción educativa de Elliot que “comprende, interpreta una práctica, y sugiere el cambio para mejorarla”, por consiguiente, se exige una renovación pedagógica compleja dentro de los programa de Derecho que exhorte a la resignificación y reformulación del proceso de formación investigativa.

CONCLUSIONES

- Es relevante entonces, concluir que el indagar cómo se ha venido realizando el proceso de formación en investigación en los estudiantes de Derecho de la región Caribe nos va permitir su concepción, apreciaciones, caracterización para luego aportar a este proceso una didáctica interdisciplinar que fortalezca la práctica investigativa en los pregrados de Derecho, para que afronten la investigación científica de los niveles de especialización, maestrías y doctorados.
- Los momentos metodológicos que se proponen son la caracterización de un sector de la realidad, recolección y contraste de información, valoración de fuentes de información, contextualización, sistematización e interpretación preliminar, reformulación, contextualización y sistematización como interpretación preliminar de nuevos elementos, confrontación de la información y ampliación del contexto espacio temporal.
- Develar los fundamentos epistemológicos, teóricos, pedagógicos y metodológicos de una propuesta didáctica para la resignificación de

la formación investigativa en los programas de Derecho contribuirá a formar al futuro abogado para el análisis crítico y reflexivo de la realidad social e interpretar el ordenamiento jurídico situándolo como actor y facilitador de los procesos de desarrollo y cambio social.

REFERENCIAS

- Álvarez, G. (2003). Importancia de la metodología de la investigación jurídica en la formación del abogado. *La Semana Jurídica*, (139).
- Arley, F. & Suárez, J. (2013). *El maestro investigador en Colombia*. Colombia. ISBN: 9789588790909.
- Bascuñán, A. (1950). *Manual de técnicas de la investigación jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bernal, A. (2007). Artículo un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia.
- Bourdieu (2000). *La fuerza del Derecho*. Bogotá.
- Carreño, M. (2012). La investigación, una competencia para el estudiante de derecho. *Revista de Estudios Jurídicos*, (2).
- Carvajal, Y. (2010). Interdisciplinariedad: Desafío para la educación superior y la investigación. *Revista Luna Azul*, (10).
- Deslauriers, J. (2004). *Investigación Cualitativa: Guía práctica*. Pereira: Editorial Papiro.
- Flórez, R. (2000). *Evaluación pedagógica y cognición*. Bogotá: Editorial McGraw-Hill.
- García Villegas & Rodríguez (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*.
- Giacometto, A. & García, A. (2000). *Crisis en la enseñanza del Derecho*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- González, J. (2003). Reflexiones sobre el futuro de la enseñanza del derecho. *Reflexiones. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (5).
- Habermas, J. (1989). *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*.

- Hernández, S. (1993). *Técnicas de Investigación Jurídica y Metodología Jurídica*. México D.F.: Porrúa.
- Jañez Barrios, T. (1996). *El Trabajo de Investigación en Derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Jiménez de Azúa, L. (1962). *Tesis en contra de la enseñanza de la investigación en la universidad*.
- Lara Saenz (1996). *Procesos de investigación jurídica*. México.
- MEN (2000). Documento marco.
- Mora, R. (2008). *Currículo, docencia e investigación en la formación de abogados*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Orler, J. (2009). Una aproximación a las prácticas educativas: la asignatura “epistemología y metodología de la investigación”. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, (14).
- Pérez, J. (2000). *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Bogotá: Editorial Horizontes.
- Restrepo Gómez, B. (2003). *Conceptos y aplicaciones de la investigación formativa y criterios para evaluar la investigación científica en sentido estricto*. CNA, Colombia. Extraído de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicevol/CURRICULUMS/ENSENAR%20A%20APRENDER.htm>
- Rodríguez Lara (2014). Trabajo tesis doctoral. Doctorado en Ciencias de la Educación. Universidad Simón Bolívar.
- Sánchez, J. (2008). *Hacia un paradigma emergente de la planeación: Resignificación desde las instituciones universitarias*. Tesis doctoral. Documento inédito. Biblioteca Facultad de Educación, Departamento de Teoría e Historia de la Educación. Universidad de Salamanca.
- Silva García, G. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia: La Profesión*.
- UNESCO (1995). Documento de Política para el Cambio y el Desarrollo en la Educación Superior.
- Witker, J. (1995). *La Investigación Jurídica*. México.
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación integrativa. (Sección de Artículos-Número 122). *Boletín Mexicano de Derecho*.

CAPÍTULO XII

De la Violencia de Género al Femicidio

*JORGE BOLÍVAR BERDUGO**

* Abogado y Sociólogo, Magíster en Estudios Económico-Políticos. Especialista en Derecho Administrativo, en Negociación y Manejo del Conflicto y en Derecho Penal y Criminalística. Investigador del grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar.

“La mujer arrancó la fruta, a partir de ese instante se devastó el paraíso”

Gastón Bachelard

INTRODUCCIÓN

El propósito de este capítulo de libro, una compilación teórica, es hacer un análisis histórico, sociológico y jurídico de la violencia que el hombre ha ejercido sobre la mujer y cómo la sociedad lo ha permitido.

En el desarrollo de esta primera parte de la investigación se han presentado dificultades que limitan un análisis más profundo del fenómeno de la violencia que el hombre ha ejercido sobre la mujer y que culmina muchas veces en el homicidio. En nuestro país se ha denominado homicidio agravado

La primera gran dificultad consiste en el silencio de la mujer afectada y en el de sus familiares, cuando la consecuencia es la muerte; por tal razón al no existir denuncias sobre los casos, las condiciones de tiempo, lugar y modo, es decir de las características de los hechos sociales delictivos, no es posible recoger la información pertinente para hacer registros estadísticos confiables; no hay información sobre la violencia contra las mujeres tales como las relaciones sexuales forzadas, el trabajo forzado, el embarazo forzado, el aborto forzado, o las muertes, para que sean registradas como femicidio o como homicidios simples o agravados.

El segundo gran obstáculo es que la información recogida en la policía, la fiscalía y el instituto de medicina legal es copiosa, pero muy generalizada; se describen los hechos de violencia como violencia intrafamiliar, violencia, sexual, lesiones de pareja, lesiones personales, homicidios y homicidios agravados, pero hay poca información sistematizada sobre los victimarios y su relación con las víctimas.

El tipo de investigación que se utiliza es el mixto, que combina lo cuantitativo y lo cualitativo. Este tipo de Investigación permite un mejor análisis de la realidad, habida cuenta que parte de la inducción en la recolección de la información y en la construcción del cuerpo teórico para poder –por el abordaje de la deducción– inferir la ampliación de hipótesis y teorías en torno de esta patología social.

Esta triangulación aparece como alternativa en esta investigación a fin de tener la posibilidad de encontrar diferentes caminos para conducirlo a una comprensión e interpretación más amplia del fenómeno en estudio. “En definitiva el enfoque mixto es un proceso que recolecta, analiza y vincula datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio” (Ruiz Medina, 2006).

EL CONCEPTO

“La violencia de género es, cualquier acto que involucre fuerza o coerción, física o psicológica, con la intención de perpetuar y promover relaciones jerárquicas generalmente del hombre contra la mujer”.

La organización de las Naciones Unidas define la violencia de género a todo acto que resulte o pueda resultar en daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico contra la mujer, incluyendo las amenazas de tales actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de libertad que ocurren tanto en la vida pública como en la privada y, más aún, en la intimidad.

La violencia contra mujeres y niñas es una de las violaciones a los derechos humanos más sistemáticas y extendidas. Está arraigada en estructuras con base en el género, más que en acciones individuales o acciones al azar; trasciende límites de edad, niveles sociales, económicos, culturales y educacionales; afecta a todas las sociedades; y es un obstáculo importante para eliminar la inequidad de género y la discriminación en el mundo. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2006).

Las Naciones Unidas definen la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (Resolución de la Asamblea General No. 48/104, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer, 1993).

Algunas feministas radicales opinan que en la familia está la raíz del problema y que la solución está en liberarse del hombre; en el extremo opuesto opinan que la mujer debe limitarse a su papel de ama de casa y madre. Aunque no puede afirmarse que toda la violencia sea cometida por el hombre, sí ocurre en la mayoría de los casos.

Comúnmente se piensa que las causas de la violencia intrafamiliar descansan en el alcoholismo, la drogadicción o en trastornos mentales del agresor. Lo cierto es que el alcohol y la droga son desinhibidores (sustancias que eliminan el comportamiento social adecuado en el individuo, como el respeto a la ley, la moral), pero no son la propia causa de la violencia familiar.

“La verdadera causa de la violencia intrafamiliar, expresa la investigadora Andrea Acero Álvarez (2009), se encuentra en la construcción de género que se hace socialmente. Desde muy temprano, se configura al hombre como privilegiado, como poderoso. A la mujer se le califica socialmente como delicada, débil, que necesita protección. Esta forma diferente de educar a los hijos e hijas, a la larga configura la personalidad tanto del hombre como de la mujer, formando dos polos opuestos, diferentes, pero cuya diferencia se encuentra en una construcción social y no en aspectos biológicos o naturales. De ahí nace la falsa creencia de parte del hombre

de su superioridad respecto de la mujer, y, de la obediencia de esta hacia él. Al no existir esa obediencia, entonces se desencadena la violencia.

LOS ORÍGENES

Analizados desde el punto de vista social, económico, jurídico, político, religioso o cultural, los papeles del hombre difieren mucho de los de la mujer, originando problemas y conflictos en la sociedad, los cuales terminan en violencia generalizada contra esta última, y cuyo desenlace es la muerte de la mujer; llámese a este delito, homicidio agravado, o femicidio o feminicidio, como se le ha venido denominando y lo han reconocido últimamente la Corte Constitucional Colombiana y el Congreso de la República.

La mujer, desde siempre, así lo dice la historia, ha sido objeto de maltrato físico o psicológico. Cualquiera que sea el origen en el que se crea, resultado de la creación divina o producto de la evolución, los hechos conducen a lo mismo: maltrato, desconocimiento de derechos, indiferencia, abuso, exclusión, violación, vejaciones, muerte.

Durante todos los siglos de la humanidad, antes de la era Cristiana y ahora, ha sufrido una fuerte discriminación tiránica, por causa de su sexo, (es decir por causa de su género), siendo considerada, la más de las veces como una “una cosa”, un objeto de placer, un ser inferior que se vendía (¿o se vende?), compraba o manipulaba a capricho.

La violencia de género es, entonces, una manifestación de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, que han causado en todos los tiempos la dominación del hombre sobre la mujer, la discriminación y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. Para que esta violencia sea posible debe cumplirse una condición: la existencia de un desequilibrio de poder; por un lado el ejercicio de un poder de dominio

patriarcal y por el otro la conciencia de un poder de afirmación de género: el hombre sobre la mujer.

La violencia de género es todo acto cometido contra el sexo femenino y puede tener como consecuencia un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico; es decir, es toda acción violenta que recibe una mujer por el simple hecho de serlo, dañándola ya sea física o emocionalmente. Es un problema de salud pública y es considerada un delito.

Analizar, comprender y explicar las razones ocultas detrás de la violencia de género, supone estudiar profundamente las relaciones entre mujeres y hombres y en el contexto social, cultural, económico, político, ideológico y axiológico, ámbito lleno de creencias, símbolos y conceptos que han llevado hasta la “aceptación del fenómeno”, por parte de la sociedad.

Las opiniones y conceptos de las mujeres van de un extremo a otro; de un lado están las que piensan que el problema hunde sus raíces en la familia y que la solución está en liberarse del hombre; el punto de vista opuesto lo ocupan quienes piensan que la mujer debe seguir cumpliendo su papel de ama de casa y madre; ambas posiciones sustentadas en cuerpos teóricos e ideológicos recogidos de la sociología, la historia, el derecho, la psicología e incluso de la religión.

Desde tiempos antiguos, la violencia es considerada como parte de la cultura y en cierta manera se acepta como integrante de la formación familiar. El comportamiento agresivo ha estado presente a través de la historia y ha quedado grabado en documentos que van desde las sagradas escrituras hasta en las tablas estadísticas.

1. “La violencia es tan vieja como el mundo, está vinculada a los orígenes, evolución y desarrollo del hombre. Desde la antigüedad se ha-

yan referencias sobre ello, en escritos de filósofos y pensadores como: Anaximandro de Mileto (S. V y VI a.C.), Heráclito (S, V y VI a.C.), y Sófocles (S, V a.C.) del mismo modo que es reflejado por artistas, en diferentes manifestaciones de otros tiempos, ya sean narrativos o escultores” (Acosta, 1998).

“La mentalidad hedonista de nuestra sociedad, que tiene como consecuencia, entre otras, la falta de espíritu de sacrificio y el no estar preparado para aceptar las contradicciones, y la concepción sentimentalista del amor, que subordina la razón a la sensibilidad en las relaciones de pareja, son las verdaderas causas de esta violencia. Y eso solo se corrige en casa y en la escuela; aunque no precisamente con una asignatura de ciudadanía” (Acero Álvarez, 2009).

Antecedentes de la violencia contra la mujer

Para los fines de este artículo, debe entenderse por violencia, la intervención física, sicoemocional, y/o sexual de una persona o de un grupo contra otro individuo o grupo; para que haya violencia es necesario que quien la haga lo realice voluntariamente, es decir, de manera intencional y con el objeto de destruir, dañar, coartar. Ejerce la violencia la persona que impide materialmente a otra llevar a cabo sus objetivos y fines.

La violencia se ejerce, contra la voluntad de quien la sufre; puede ser directa o indirecta y es sinónimo de fuerza (Bobbio & Mateucci, 1986).

La violencia es universal en tiempo y espacio; en el tiempo porque ha estado y sigue estando presente encabezando las causas de defunción en las mujeres, y en el espacio porque se infiltra en todas las sociedades, cualquiera que sea su grado de desarrollo.

Históricamente las mujeres han vivido en mayor o menor intensidad for-

mas de violencia; está presente en la mayoría de las sociedades, pero a menudo no es reconocida y se acepta como parte del orden establecido. Han sido sujetadas a normas rígidas de comportamiento que las limitaban por medio de críticas, represiones y prejuicios, obligándolas a ocupaciones secundarias, cuya característica primera era la de mantenerlas al servicio del varón.

Madre, hija, compañera, empleada, le correspondía estar y aparecer en segundo término; resultan conocidas múltiples expresiones que apoyan esta condición “detrás de un gran hombre siempre hay una gran mujer” –Señala el refranero popular–.

Ya desde los albores de la historia es patente el dominio del hombre en las distintas sociedades. En la religión, por ejemplo, también se apoya la idea de que la mujer por naturaleza es más débil e inferior a los hombres. En la Biblia podemos leer que Dios sitúa a Eva bajo la autoridad de Adán, y san Pablo pedía a las cristianas que obedecieran a sus maridos.

La mujer en la Biblia

En la Biblia, libro sagrado del cristianismo, podemos encontrar diversos ejemplos de este trato discriminatorio:

1. Eva (la mujer) fue la responsable del pecado original y sedujo a Adán (el hombre) para que comiera de la fruta del árbol prohibido (Génesis 2:4-3:24).
2. Prohíbe a las mujeres hablar en las congregaciones o asambleas. “*Las mujeres, que guarden silencio en las congregaciones; porque no se les permite hablar*” (I Corintios 14:34-35).
3. “*El nacimiento de una hija es una pérdida*” (Eclesiástico 22:3).
4. El rey Salomón tuvo 700 reinas y 300 concubinas. Jehová reprocha a Salomón el casarse con algunas de estas mujeres extranjeras, pero solo porque estas podrían desviar su corazón hacia sus dioses paganos (1

Reyes 1:1-3). La Biblia no establece ningún límite al número de esposas que un hombre puede tener.

5. En la Biblia hereda la hija de su padre solo si este no tiene hijos varones. *“Y a los hijos de Israel hablarás diciendo: “Si alguno muere y no tiene hijo varón, pasaréis su heredad a su hija”* (Números 27:1-11).
6. En la Biblia se dice: *“Si un hombre halla a una joven virgen que no esté casada y la viola y son descubiertos, entonces el hombre que se acostó con ella dará al padre de la joven 50 siclos de plata; y ella será su mujer. Dado que él la violó, no podrá divorciarse de ella en toda su vida”* (Deuteronomio 22:28-30).

Cabría formular una simple pregunta. ¿Quién es aquí al que se castiga, al violador o a la mujer violada? Según las Sagradas Escrituras una mujer debe pasar el resto de su vida atada al hombre que la violó.

La mujer en el Corán

En el Corán, libro sagrado de los musulmanes, no recibe la mujer mejor trato, aun cuando en el texto sagrado se dice que la culpa del pecado original fue de ambos (Corán 7:19-25).

Con respecto a la herencia señala:

Así pues se nos recomienda que hagamos testamento, “de la mejor manera” atendiendo a las necesidades de los herederos, y este testamento puede ser negociado. En caso de muerte sin testar o de un testamento injusto, se establecen unos mínimos (la legítima) que pueden ser incrementados, pero no suprimidos:

“Estos son los límites fijados por Dios...” (Corán 4:13).

“A vuestras viudas les corresponde un cuarto de lo que dejéis, si no tenéis hijos; pero si dejáis algún hijo, entonces les corresponde un octavo de lo que dejéis una vez descontados los legados que hayáis hecho, o las deudas” (Corán 4:12).

“Si alguno de vosotros muere y deja esposas, le corresponde a sus viudas un año de manutención sin verse obligadas a abandonar (el domicilio conyugal). Sin embargo, si lo abandonan (voluntariamente), no seréis responsables de lo que ellas hagan consigo mismas, en forma honorable Allah es Todopoderoso, Sabio”.

1. Los hombres musulmanes se pueden casar hasta con 4 mujeres, pero a las mujeres no se le permite casarse con más de un hombre

“Si tienen miedo de no ser equitativos con los huérfanos, entonces, cásense con las mujeres que les gusten: dos, tres o cuatro de ellas. Pero si tienen el temor de no obrar con justicia, entonces con una sola o con varias de vuestras esclavas. Así, evitarán mejor el obrar mal”. Sura 4:3.

2. La herencia de un hombre es el doble de la herencia de una mujer

“Alá les ordena lo siguiente en lo que toca a sus hijos: que la porción del varón equivalga a la de dos hembras. Si éstas son más de dos, les corresponderán dos tercios de la herencia. Si es hija única, la mitad”. Sura 4:11.

3. “Golpear a sus esposas”, ¡última alternativa!

“Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a los hombres sobre las mujeres y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Alá manda que cuiden. ¡Amonesten a aquéllas de quienes tengan temor que puedan rebelárseles, déjenlas solas en el lecho, y péguenles! Si les obedecen, no se metan más con ellas. Alá es excelso, grande” (Corán 4:34).

4. Recompensa para aquellos que merezcan el Paraíso

“Tendrán a su alcance la fruta de los dos jardines... Estarán en ellos mujeres de recatado mirar, no tocadas hasta entonces por hombre (vírgenes)...” (55:54, 56).

“Nosotros las hemos formado de manera especial (a las vírgenes) y las hemos hecho vírgenes... afectuosas, y de una misma edad... para los de la derecha (los que alcanzan el paraíso)” (56:35-38).

“A los temerosos de Alá se les deparará el éxito: jardines y viñedos... vírgenes de senos túrgidos (voluptuosos), y de una misma edad... de copa desbordante... Es una retribución de tu Señor (Alá), regalo bien pensado” (78:31-33).

Para comprender el alcance de la violencia que sufren las mujeres casadas en el mundo islámico, el Instituto de Ciencias Médicas de Pakistán ha encontrado que más del 90 % de las paquistaníes casadas han sido golpeadas o sometidas a abusos sexuales por ofensas como no haber preparado una comida del gusto del agresor o no parir un varón. En la primavera de 2005, cuando el Chad trató de dotarse de un código de familia que ilegalizaría el maltrato de las casadas, los clérigos musulmanes se pusieron en pie de guerra por considerar que se estaba atentando contra el islam.

Si el hombre tiene la sensación de que su mujer es cada vez más desobediente y rebelde, debe esforzarse por reconducirla mediante palabras amables y maneras caballerosas, y razonando con ella. Si las cosas no mejoran, entonces ha de dormir separado de ella, tratar de despertar su agradable naturaleza femenina y de restaurar su serenidad, y quizá entonces ella le responda de forma armoniosa. Si esta vía fracasa, entonces le está permitido golpearla suavemente con las manos, aunque ha de evitar la cara y otras partes sensibles.

Incluso el prominente Muzammil H. Siddiqi, se ha convertido en un imán de la Sociedad Islámica de Orange County en Garden Grove, California. Él es también el director de la comunidad y presidente del Consejo Fiqh de América del Norte y profesor en la Universidad de Chapman. Expresó: “En ciertos casos, un esposo puede hacer uso de acciones disciplinarias moderadas para corregir infracciones morales de su esposa (...) El Corán es muy claro en este sentido”.

La teoría de la evolución y los científicos

Carlos Darwin, máximo exponente de la teoría de la evolución, afirma que el macho posee más capacidad adaptativa y más versatilidad que la mujer y por lo tanto solamente “él” es el elemento de progreso en todas las especies. Bajo su hipótesis, debe llevar la dominancia de la agresividad y la caza en la lucha por la supervivencia.

Darwin desestima las cualidades civilizadoras femeninas iniciales del cuidado, la recolección y la primera fabricación de herramientas domésticas por parte de las mujeres, fundamentales, para la supervivencia de los homínidos, como están demostrando antropólogas feministas. Y no podemos justificar o excusar el androcentrismo del biólogo solamente a la época, ya que numerosos investigadores contemporáneos suyos como Johann Jakob Bachofen, Morgan, MacLennan y Engels en cambio descubrieron la aportación femenina como fundamental en el origen de la civilización a través del matriarcado y de la sociedad matrilineal, que Darwin niega.

En el matrimonio tradicional la mujer estaba destinada a dar hijos, principalmente varones, así como criarlos y ocuparse al mismo tiempo de las tareas del hogar.

“En la Legislación Romana, base de la sociedad occidental, la mujer era una posesión del marido y como tal no tenía control legal sobre su persona, sus recursos e hijos. En la edad media bajo la legislación feudal, las tierras se heredaban por líneas masculinas e implicaban poder político, favoreciendo aún más la subordinación de la mujer”.

Filósofos, científicos, hombres de letras y políticos contribuyeron a secundar esta idea:

Pitágoras decía: “El buen principio creó el orden, la luz y al varón; mientras que el mal principio creó el caos, la obscuridad y la mujer”.

Demóstenes, el reconocido filósofo griego, dijo: “El hombre griego disfruta de la compañía de prostitutas por placer, de novias y ‘queridas’ para la vida cotidiana y de su esposa solo para tener hijos legítimos”.

Schopenhauer: “Un animal de ideas cortas y cabellos largos”.

Santo Tomás de Aquino: “Un macho frustrado”.

Alejandro Dumas: Observó que fue lo último que hizo Dios “se nota en ella la fatiga del creador del universo”.

Averroes (Abú-I-Walid Muhamed ibn ahmad): “Es el hombre imperfecto”.

Tucídides: “La mujer solo es algo cuando nada es el hombre”.

Ramón y Cajal: “La píldora amarga que la naturaleza y el arte se han complacido en dorar para que el hombre la trague más fácilmente”.

Oscar Wilde: “Son un sexo decorativo”.

Nietsche: “¿Vas donde una mujer? No te olvides del látigo”.

Freud: Para rematar, afirmó: “Son hombre incompletos que envidian el pene”.

Los primeros estudios sobre la familia en la Sociología surgen en la segunda mitad del siglo XIX, siendo Frederick Le Pley uno de los pioneros

en el estudio de la misma diciendo que: “la sociedad es un agregado de la familia donde ella también debe ser la unidad de observación y objeto fundamental de estudio de la nueva sociedad.

La misoginia, definida como la aversión u odio hacia las mujeres, existe desde tiempos inmemoriales. Para decir un ejemplo histórico se puede señalar que el Positivismo en sus inicios fue misógino; Augusto Comte, el padre de la Sociología Moderna, reiteró antiguas y falsas creencias sobre la mujer en sus influentes escritos.

En 1839 escribió: “La relativa inferioridad de la mujer en este sentido es incontestable, poco capacitada como está en comparación con el hombre, para la continuidad en intensidad del esfuerzo mental, o bien debido a la debilidad intrínseca de su raciocinio, o a su ligera sensibilidad moral y física, que son hostiles a la abstracción científica y a la concentración” (Comte, 1978).

Esta violencia se expresa a través de conductas y actitudes basadas en un sistema de creencias sexista y heterocentrista, que tienden a acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos. “La violencia de género adopta formas muy variadas, tanto en el ámbito de lo público, como en los contextos privados. Ejemplos de ella son, entre otras, todas las formas de discriminación hacia la mujer en distintos niveles (político, institucional, laboral), el acoso sexual, la violación, el tráfico de mujeres para prostitución, la utilización del cuerpo femenino como objeto de consumo, la segregación basada en ideas religiosas y, por supuesto, todas las formas de maltrato físico, psicológico, social, sexual, que sufren las mujeres en cualquier contexto, y que ocasionan una escala de daños que pueden culminar en la muerte”.

En los tiempos actuales, de la sociedad del conocimiento y de la globalización, la violencia contra la mujer se ha reconocido como problema universal, que constituye un gran obstáculo para el desarrollo, la civilización y la paz. La apertura global a la discusión del problema apenas ha mostrado una pequeña arista del fenómeno de la mujer como una víctima en el hogar que permanece oculta, invisibilizada tras la cortina de la vida privada, de la intimidad familiar, bajo el supuesto de no admitir la intromisión de ajenos.

La violencia contra las mujeres es un importante tema de salud y derechos humanos. Tomando como referente la población femenina mundial, por lo menos una de cada cinco mujeres ha sido maltratada física o sexualmente por uno o varios hombres en algún momento de su vida.

La preocupación de la comunidad internacional por la violencia contra la mujer en el hogar aumenta sistemáticamente. Trascendental ha sido su incorporación como tema central de análisis en la agenda de diversos e importantes foros de las Naciones Unidas. Pero esta preocupación es reciente.

“El primer paso fue la conferencia mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en 1975 en Ciudad México, porque aunque no hizo hincapié en la violencia contra la mujer en la familia, adoptó un plan mundial de acción para que las mujeres disfrutaran de iguales derechos, oportunidades y responsabilidades y contribuyeran al proceso de desarrollo en pie de igualdad con los hombres”.

Esta indudable inferioridad orgánica del genio femenino ha sido confirmada por experimentos decisivos, incluso en las Bellas Artes, y en medio de las mejores circunstancias, en cuanto a los fines del gobierno, la radical

ineptitud del sexo femenino es aún más evidente, incluso en el nivel más elemental que es el gobierno de la familia.

La violencia doméstica son actos violentos cometidos en el hogar entre miembros de una familia. En la década de 1970 las feministas analizaron el alcance de la violencia doméstica (considerada como un fenómeno exclusivamente masculino) y se crearon centros de acogida y de ayuda para las mujeres maltratadas y para sus hijos. La violencia doméstica también está relacionada con los niños maltratados (muchas veces, aunque no siempre, por abuso sexual), y con acciones verbales y psicológicas que pueden ser cometidas tanto por mujeres como por hombres.

“Algunos autores buscan el origen de los conflictos en la violencia intrafamiliar en las rutinas del hogar adaptadas a una fuerza de trabajo exclusivamente masculina, que ha dejado de monopolizar los ingresos económicos de la familia con la incorporación de la mujer al trabajo; la pobreza y la escasa movilidad social”.

A lo largo de la historia, la sociedad, según el movimiento feminista, ha puesto el poder en manos de maridos y padres en cualquier relación conyugal o de pareja.

“Por un lado, es probable que haya una mayor predisposición a denunciar estos hechos al existir una mayor independencia femenina, más oportunidades de trabajo fuera del hogar, mayor conciencia feminista y más posibilidades de anticoncepción y por el otro lado, la motivación para la violencia es menor al existir una mayor libertad de elección de compañero, menos matrimonios forzados y una mayor emancipación de la mujer en cuanto a propiedad, estudios y divorcio. Ninguno de estos elementos puede ser evaluado con exactitud. La tecnología de la información actual ayuda a recopilar datos, pero en cambio resulta difícil conocer los procesos y los antecedentes”.

En las ciencias sociales la familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

“A partir de la década de 1960 se han producido diversos cambios en la unidad familiar. Un mayor número de parejas viven juntas antes o en vez de contraer matrimonio. De forma similar, algunas parejas de personas mayores, a menudo viudos o viudas, encuentran que es más práctico desde el punto de vista económico cohabitar sin contraer matrimonio”.

La violencia hacia la mujer se puede visualizar y comprender mejor a través de los estudios de género, donde estas dos categorías tienen una estrecha relación, pues el establecimiento de relaciones de género no equitativas propicia e incrementa el desarrollo de situaciones de violencia, basadas en la discriminación y el ejercicio del poder. De igual modo, toda manifestación de violencia refuerza la discriminación y subordinación entre hombres y mujeres. Por esta razón el tema de la violencia de género es preocupante ya que patentiza las prácticas patriarcales en todas sus formas de manifestación.

Existen investigaciones que afirman que la mayoría de los agresores tuvieron una infancia oscura, es decir, padecieron en un momento u otro de maltrato ya sea físico o verbal, lo que los lleva a actuar de esta forma en un futuro, pensando que esta es la única vía para resolver sus problemas, enfermándose así psicológicamente.

Aunque algunas enfermedades mentales por sí solas no producen violencia, los que padecen esquizofrenia o desorden bipolar tienden a montarse en la nave del olvido: las drogas o el alcohol, contaminando de sufrimiento y delirio a su vez todo lo que le rodea, dándole paso a la furia y descar-

gándola a la misma vez sobre la más débil, dejando marcas, ya sean físicas o emocionales.

Por ello se plantea que: “A lo largo de la historia la violencia hacia la mujer ha dejado su marca en todas las agredidas donde una de estas es: dolor crónico, síndrome del intestino irritable, trastornos gastrointestinales, entre otras”.

Además, el maltrato en la relación de pareja puede interferir en la negociación y la decisión sobre la contracepción y el uso de condones, como muestra de asociación entre la violencia doméstica y los embarazos no deseados y abortos voluntarios.

En todo el mundo, se ha calculado que la violencia contra la mujer es una causa de muerte e incapacidad entre las mujeres en edad reproductora tan grave como el cáncer y es una causa de mala salud mayor que los accidentes de tránsito y la malaria combinados.

El maltrato a la mujer es condenado de hecho en casi todas las sociedades; el encausamiento y la condena de los hombres que golpean o violan a las mujeres o las niñas son poco frecuentes en comparación con el número de agresiones.

El siglo XX, además de ser el de la vida moderna, ha sido el siglo de las comunicaciones, por ello todo se divulga y se conoce al instante; es lo que ha permitido dar a conocer el maltrato y la muerte de la mujer. Fue el de dos guerras mundiales, el de los grandes desarrollos de la ciencia y la tecnología; pero también en el que empezó la reivindicación de la mujer en todos los aspectos: laborales, sociales y políticos. Sin embargo, tanto en el XX como en el XXI, se sigue violentando a la mujer, se la sigue maltratando y ejerciendo todo tipo de violencia como un medio para continuar con su subordinación al hombre.

“La violencia, definen algunos autores, es la presión psíquica o abuso de la fuerza ejercida contra una persona con el propósito de obtener fines contra la voluntad de la víctima. Existen dos formas fundamentales por las cuales podemos conocer más profundamente el tema de la violencia: una es la violencia oculta, donde esta no es reconocida como tal y tiene expresión en las diferencias que existen entre mujeres y hombres en cuanto a las oportunidades, y reparto desigual del poder, sustentada en estereotipos y roles sexistas en la socialización de la familia, en la educación formal, en los medios de comunicación, así como en las desigualdades en el campo laboral, profesional y en general en la esfera tanto pública como privada. Y la otra es la violencia explícita, donde es reconocida como tal y se expresa en actos como la violación, el acoso sexual en el trabajo, el maltrato doméstico, pero usualmente mitificada a través de su negación, ocultamiento o justificación.

La violencia contra las mujeres es un problema social de variadas facetas, de múltiples variables, no es sino la expresión de un “orden social” basado en la desigualdad entre hombres y mujeres; los hombres tienen y desempeñan un papel diferente en razón del sexo; el hombre, utiliza la fuerza para dominar a la mujer y mantener su privilegio en el ámbito familiar, social, cultural, político y económico.

¿Por qué el hombre maltrata e incluso asesina a su pareja?

“¿Será que a las mujeres nos matan porque nos aman?”. Femicidios en Colombia 2002-2009, señala que “La información analizada del periodo 2002-2009 acerca de la violencia en pareja, la violencia sexual, las lesiones personales, los homicidios perpetrados en contra de las mujeres y los feminicidios, permite constatar el *continuum* de las violencias en contra de las mujeres y el feminicidio como su eslabón final”. Señala también que “(...) las violencias en contra de las mujeres no son hechos fortuitos y aislados sino prácticas generalizadas y sistemáticas llevadas a cabo por los varones

para controlar, intimidar y subordinar a las mujeres. El factor de riesgo es la diferencia sexual, o sea, ser mujer. En este sentido, las violencias en contra de las mujeres y el feminicidio en la sociedad colombiana son claramente expresiones de poder del patriarcado para sostenerse, reproducirse y perpetuarse atentando en contra de la libertad y el cuerpo de las mujeres.

Las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses advierten que durante 2014 se registraron 1.007 homicidios de mujeres, 37.881 casos de violencia de pareja, 41.944 casos de violencia interpersonal y 16.088 por presunto delito sexual, de los cuales 13.606 corresponden a niñas y adolescentes menores de 18 años. Esto, a pesar de que la Policía Nacional reportó ya para el 2015, entre enero y febrero, que la violencia contra las mujeres se redujo en 711 casos en comparación con el 2014. (Exposición de motivos proyecto de ley sobre feminicidio, 2008).

EL FEMICIDIO

El término “femicidio” está relacionado con el de “*Gendercide*” o “genericidio” que fue utilizado por Mary Anne Warren en 1985 en su obra *Gendercide: The Implications of Sex Selection* y que es un neologismo que se refiere a la matanza sistemática de los miembros de un determinado sexo.

Junto a este vocablo, también se acuñó el de “viricidio”, en referencia a las matanzas de varones de cualquier edad durante la guerra con la idea de acabar con los futuros soldados del bando enemigo.

Femicidio, según diversa literatura, empieza a utilizarse en los años 60 a consecuencia del brutal asesinato, el día 25 de noviembre, de cuatro mujeres dominicanas (las hermanas Mirabal, Patricia, Minerva y M^a Teresa) por el Servicio de Inteligencia Militar de su país. Sin embargo quien utilizó el término públicamente por primera vez, ante una organización feminista, denominada Tribunal de Crímenes contra la Mujer y que se

celebró en Bruselas, en 1976 fue Diana Russell; en esta conferencia, inaugurada por Simone de Beauvoir, alrededor de 2.000 mujeres de 40 países diferentes dieron su testimonio y refirieron las múltiples formas en que se manifiesta la violencia sobre la mujer.

En su discurso, la propia Russell reconoció que el término femicidio ya existía, pues había sido utilizado en la obra *A Satirical View of London* de J. Corry en 1801.

Russell, junto a Jane Caputi, definió el femicidio como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”, y más tarde, en 1992, junto a Hill Radford, definió el femicidio como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”.

Por su parte, el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos lo define como la muerte violenta de mujeres (asesinato, homicidio o parricidio), por el hecho de ser mujeres.

En el plano teórico se viene admitiendo que el femicidio es “el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género, que ocurre tanto en el ámbito privado como público y comprende aquellas muertes de mujeres a manos de sus parejas o exparejas o familiares, las asesinadas por sus acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer y quedaron atrapadas en la acción femicida”.

En definitiva, podemos concluir que el femicidio es la muerte violenta de una mujer cometida por un hombre por el simple hecho de ser mujer, con independencia que esta se cometa en el ámbito público o privado y que exista o haya existido o no, alguna relación entre agresor y víctima.

CLASIFICACIÓN DEL FEMINICIDIO

Tipos de femicidios. Los diversos análisis en torno a la conceptualización de las muertes violentas de mujeres por razones asociadas a su género, han llevado al desarrollo de diversas tipologías para distinguir las características o ámbitos en que estos crímenes ocurren, como el femicidio íntimo, familiar, sexual, sexual sistémico, etc. Aun cuando la mayoría enfatiza en la relación de la víctima con el agresor. Una síntesis de estas tipologías (Acero).

Partiendo de la definición que en el plano teórico es aceptada por toda la doctrina, si bien como clasificación genérica, podemos distinguir entre:

1. Femicidio familiar (o íntimo): Bajo este concepto se engloban los homicidios (básicos o agravados –asesinatos–, parricidios o infanticidios) cometidos por un hombre con quien la mujer víctima tenía en el momento de los hechos, o tuvo en un momento anterior, alguna relación matrimonial o de análoga afectividad al matrimonio o noviazgo, o alguna relación familiar o de parentesco por consanguinidad o afinidad.
2. Femicidio no familiar (o no íntimo): En este grupo se incluyen los homicidios (básicos o agravados –asesinatos–) cometidos por un hombre con quien la víctima mujer nunca mantuvo ninguna relación de las referidas anteriormente, aunque puedan existir o haber existido otras como de vecindad o de ser compañeros de trabajo, relación laboral subordinada o ser el agresor cliente sexual de la víctima, incluyendo también en este concepto, los femicidios provocados por explotadores sexuales u hombres de grupos armados u organizados (guerrillas, maras, pandillas,...).

El Salvador o Guatemala, por ejemplo, un epidemia de expresa Aaron Shulman, (2010), “En la última década, Guatemala está sufriendo asesinatos de mujeres. Los cuerpos están en todas partes: aparecen en las cunetas de las carreteras, en las aceras de las ciudades, en barrancos boscosos, a menudo con signos de mutilación y violación. Más

de 5.000 mujeres han sido asesinadas en el pequeño país en la última década, una de las tasas de mortalidad femenina más altas del mundo, de acuerdo con el Consejo Centroamericano de Defensores de los Derechos Humanos, y ha sido etiquetado como el lugar más peligroso para ser una mujer en toda Latinoamérica”.

3. Femicidio por conexión: Con esta terminología se hace referencia a las mujeres que fueron asesinadas “en la línea de fuego” de un hombre cuando trataba de matar a otra mujer; se da en aquellos supuestos en que la víctima lo es una mujer que acudió en auxilio de otra que está siendo atacada por un hombre y queda atrapada en esa acción femicida, provocándole la muerte.

Junto a esta clasificación general del femicidio, encontramos otras como la establecida por Julia Monárrez, quien en sus trabajos de investigación sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, cuando, dentro de la categoría de femicidio no íntimo, distingue entre feminicidio sexual sistemático (organizado o desorganizado) y feminicidio por ocupaciones estigmatizadas.

Por femicidio sexual se entienden aquellos casos en los que se da muerte a la mujer tras haber ejecutado sobre ella, el autor o autores, aberrantes agresiones sexuales.

En algunas ocasiones estos actos responden a la actuación aislada del agresor (femicidio sexual no organizado), pero en otras, se ejecutan tales actos en el contexto de organizaciones. La dinámica en la comisión de estos horribles crímenes se repite y así, sus autores tras secuestrar a mujeres y niñas y someterlas a todo tipo de vejaciones y agresiones sexuales, torturas y mutilaciones, les dan muerte y arrojan sus cuerpos, desnudos o semidesnudos, en campos baldíos, vías públicas, en vertederos de basura, vías de tren,... Algunas veces no solo mutilan sus cuerpos en vida, sino

que también lo hacen tras su muerte, con la sola idea de estigmatizar aún más a la víctima y causar más daño a sus familiares. A veces sus cuerpos aparecen arrojados en sitios públicos luciendo en su desnudez mensajes grabados sobre su piel a punta de navaja en referencia a algún supuesto comportamiento “amoral” o al trabajo en las máquinas o fábricas que efectuaban esas mujeres brutalmente asesinadas, produciendo en la población femenina del entorno, trabajadoras de aquellas industrias, el efecto intimidatorio que pretenden los agresores (femicidio sexual organizado).

Dentro de esta categoría de femicidio sexual (organizado o no organizado), algunas autoras hablan del femicidio sexual en serie o serial para describir aquellos supuestos en que el agresor o agresores repiten en múltiples ocasiones sus crímenes. Este es el caso de Julio Pérez Silva que asesinó a 14 mujeres (la mayoría menores de edad) tras agredirlas sexualmente a casi todas ellas, en Alto Hospicio (Chile) y que ha sido condenado a la cadena perpetua. O aquellos femicidios sexuales en serie en Ciudad Juárez a que se refiere Julia Monárrez diciendo que “...de acuerdo con la base de datos “Femicidio” de El Colegio de la Frontera Norte, puedo afirmar que de la cifra de 258 niñas y mujeres, 110 son feminicidios sexuales, de los cuales considero que 89 pueden ser caracterizados como seriales”.

El femicidio por ocupaciones estigmatizadas, lo refiere Monárrez a aquellas muertes violentas de mujeres que se dedican a la prostitución, o son *strippers*, camareras, masajistas o bailarinas en locales nocturnos. La consideración estigmatizada de estas y otras profesiones consideradas “deshonrosas” a las que se dedican las víctimas, ubica a estas mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad y, a veces, se utilizan tales ocupaciones como justificación encubierta de estos crímenes.

Por su parte, el Informe del Observatorio Ciudadano Nacional del Femi-

nicidio en México, aun cuando utiliza el término femicidio, establece la siguiente clasificación:

- Femicidio íntimo para referir a aquellos supuestos en los que entre victimario y víctima existe cualquier relación íntima de convivencia, amistad, noviazgo, e incluso circunstancial;
- Femicidio familiar íntimo cuando el agresor es cónyuge o concubino o pariente de la mujer agredida;
- Femicidio infantil cuando la víctima es una “niña menor de edad o que no tenga la capacidad mental, ya sea hija, descendiente o colateral hasta en cuarto grado, hermana, adoptada, que tenga alguna relación afectiva o de cuidado, sabiendo el delincuente esta relación de responsabilidad, confianza o poder que les otorga su situación adulta sobre la minoría de edad de la menor”.
- Femicidio sexual sistemático, en el que, siguiendo a Julia Monárrez, incluyen bajo esta denominación a aquellos supuestos en los que las mujeres son violadas, torturadas antes de darles muerte y, después, sus cuerpos son “arrojados a escenarios transgresivos”.
- Femicidio por ocupaciones estigmatizadas, al que ya hemos hecho referencia.

El femicidio infantil, por su gravedad, su significación y sus consecuencias, bien merece una mención especial.

La consideración de la mujer como inferior en relación al hombre, el entendimiento de que “tiene peor salida o colocación”, es decir, que tiene menor valor social que un varón, es la causa por la que en el mundo el infanticidio lo sufren mayoritariamente mujeres. La justificación que actualmente se utiliza es la del control de la población (China, Japón, India) pero curiosamente, la selección del sexo femenino para llevar a cabo ese control poblacional, es la regla general.

El infanticidio de recién nacidas o el aborto selectivo de fetos del sexo femenino, son las formas elegidas para evitar ese pretendido crecimiento poblacional. Aunque el aborto selectivo está prohibido en China, existen más de 200 clínicas dotadas de avanzados sistemas ultrasonido que permiten al médico saber el sexo del feto en las primeras semanas. Es obvio que para llevar a cabo ese control de población, sin adentrarnos en calificar la utilización del aborto para conseguir ese fin, no sería necesario saber el sexo del feto; solo la posibilidad de que los progenitores puedan seleccionar a los fetos niñas para abortar, justifica la proliferación de estos avanzados sistemas.

Según la Asociación para la Planificación Familiar de China, el desequilibrio ha alcanzado el punto de que hay ocho chicos por cada cinco chicas. Entre los niños de menos de 4 años de la ciudad de Lianyungang hay 163,5 chicos por cada 100 chicas. En el resto de China, 99 ciudades, tienen una proporción mayor de 125 chicos por cada 100 chicas.

En India existen más de 30.000 clínicas dotadas con ese sistema y, según la ONU, cada día, allí se producen 2.000 abortos de niñas.

Sharon Hom propone denominar a este tipo de infanticidios, femicidios sociales.

Pero además bajo esta denominación, femicidio social o cultural, se pueden encuadrar otros supuestos:

- Aquellos asesinatos extremadamente crueles basados en creencias arcaicas que consideran a ciertas mujeres demonios o brujas: en ocasiones mutilan sus cuerpos o las queman vivas (Sudáfrica) o las apedrean hasta la muerte (Zimbabwe, Nigeria).
- Con base en ciertos rituales basados en la creencia de que los órganos sexuales femeninos tienen ciertos poderes, se asesina a mujeres para extraerles dichos órganos (Zambia, Zimbabwe, Sudáfrica).

- Con la insostenible justificación de restaurar el honor perdido de la familia, supuestamente mancillado por haber ejercido la mujer víctima su sexualidad antes o fuera del matrimonio, incluso por haber sido violada, por rechazar un matrimonio previamente concertado o interesar el divorcio, maridos, padres o hermanos, o miembros de la comunidad en la que vive, ejecutan a estas mujeres o las someten a castigos insufribles y muy dañinos (Jordania, Yemen, Egipto, Irán, Pakistán,...). Las formas de castigo más comunes son quemarlas vivas, lapidarlas hasta la muerte, estrangularlas, degollarlas o arrojarles ácido sobre su rostro y cuerpo, lo que, cuando menos, les ocasiona lesiones gravísimas y tremendas deformidades y otras secuelas de por vida.

Basándose en ritos o costumbres, a veces en interpretaciones no siempre respaldadas de preceptos religiosos, muchas niñas son objeto de mutilación genital femenina. Esta práctica, cualquiera en que sea la forma en que se practique, ablación, escisión e infibulación o “circuncisión faraónica”, además del daño físico y psicológico que produce en las víctimas, se les somete a un riesgo enorme: muchas mueren desangradas, o por infecciones posteriores (téngase en cuenta que en muchas ocasiones estas mutilaciones se producen en lugares carentes de las mínimas medidas de higiene, por personas que no tienen formación sanitaria, y con instrumentos tales como cuchillas o navajas).

También se habla del femicidio en tiempos de guerra o durante el desarrollo de conflictos bélicos. Durante la guerra o desarrollo de conflictos de esa naturaleza, la violación cruel de las mujeres y en ocasiones su posterior asesinato, es un acto simbólico para quienes las ejecutan, en virtud del cual reafirman su “masculinidad”, siendo, además tales actos, una forma de atacar “la moral del enemigo”.

Son muchos los conflictos bélicos internacionales o nacionales en los que se han registrado este tipo de actos.

Durante la Segunda Guerra Mundial fue conocida la violación de muchas mujeres por las tropas alemanas y posteriormente, dos millones de mujeres alemanas fueron violadas por el ejército ruso, de las que una décima parte fueron finalmente asesinadas.

Con ocasión del Genocidio en Ruanda (1994) se utilizó la violación masiva de mujeres y niñas como castigo colectivo contra la población civil. En 1996, el Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU calculó que se habían cometido entre 250.000 y 500.000 violaciones sobre estas víctimas.

Durante la guerra de Bosnia, entre 20.000 y 44.000 mujeres fueron sistemáticamente violadas por las fuerzas serbias (después, este tipo de actos fueron denominados “violaciones en masa”). Estos hechos fueron realizados en Bosnia oriental, pero, también, si bien en menor medida, unidades militares bosnias realizaron esta práctica con mujeres serbias.

Durante el desarrollo del conflicto colombiano, la violencia sexual ha sido empleada como arma de guerra por todos los grupos armados tanto contra las mujeres civiles como contra sus propias combatientes.

Establecido así el concepto de femicidio y sus distintas clases, voy a referirme al otro concepto, el feminicidio.

Femicidio

“Marcela Lagarde definió el acto de asesinar a una mujer, solo por el hecho de su pertenencia al sexo femenino, como “femicidio”, pero intentando dar a este concepto un significado político para denunciar la inactividad, con claro incumplimiento de las convenciones internacionales, de los Estados, en una lucha eficaz, contundente, seria e inflexible contra estos brutales crímenes y sus autores, y, así, eligió la voz feminicidio para

denominar al conjunto de hechos que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres cuando concurra el silencio, la omisión, la negligencia, la inactividad de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes” (Acero).

Hay feminicidio cuando el Estado no da garantías a las mujeres y no crea condiciones de seguridad para sus vidas en la comunidad, en el hogar, ni en el lugar de trabajo, en la vía pública o en lugares de ocio.

La obligación de garantizar el respeto y reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres a cargo del Estado, que emana de los tratados suscritos por la Comunidad Internacional, incluye la obligación de adoptar las medidas legislativas que tiendan a asegurar su goce efectivo y las garantías de protección y el acceso a un recurso efectivo para la realización de la justicia. Estas se concretan a través de la expedición de nuevas leyes, así como la derogación o reforma de las normas existentes que resulten incompatibles con contenido y alcance del tratado. Estas medidas legislativas, en particular cuando se trata de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, incluyen también las normas penales destinadas a sancionar los actos que constituyen atentados contra estos derechos.

El Estado es garante de la igualdad, y por lo tanto tiene la obligación de actuar frente a patrones de violencia que afectan a grupos subordinados. Su deber de debida diligencia en la protección del grupo discriminado es, en consecuencia, un deber superior. La violencia de género, en sus diversas manifestaciones, incluida la sexual, afecta desproporcionadamente a las mujeres. Por ello el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, ha señalado que la violencia contra las mujeres, en la medida que se dirige a ellas por el hecho de ser tales o porque las afecta en forma desproporcionada, es también una forma de

discriminación contra la mujer. Es en la ausencia del cumplimiento de este imperativo moral del Estado en donde se marca la diferencia entre el homicidio femicidio y el feminicidio.

Señala también que “(...) las violencias en contra de las mujeres no son hechos fortuitos y aislados sino prácticas generalizadas y sistemáticas llevadas a cabo por los varones para controlar, intimidar y subordinar a las mujeres. El factor de riesgo es la diferencia sexual, o sea, ser mujer. En este sentido, las violencias en contra de las mujeres y el feminicidio en la sociedad colombiana son claramente expresiones de poder del patriarcado para sostenerse, reproducirse y perpetuarse atentando en contra de la libertad y el cuerpo de las mujeres” (Encarta, 2007).

En la misma línea, pero ampliando aún más el concepto al incluir bajo tal terminología no solo la muerte dolosa sino otros actos de violencia previa, Julia Monárrez dice que “El feminicidio comprende toda una progresión de actos violentos que van desde el maltrato emocional, psicológico, los golpes, los insultos, la tortura, la violación, la prostitución, el acoso sexual, el abuso infantil, el infanticidio de niñas, las mutilaciones genitales, la violencia doméstica y toda política que derive en la muerte de las mujeres, tolerada por el Estado”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que estamos ante términos complementarios siendo el femicidio, el homicidio o asesinato de la mujer por el simple hecho de pertenecer al sexo femenino, y feminicidio, el conjunto de femicidios, en una situación de absoluta o patente inactividad de los Estados para la persecución y evitación de tales crímenes.

A este último concepto se están refiriendo las diferentes Organizaciones internacionales cuando al definir la violencia de género se refieren a la violencia tolerada o perpetrada por el Estado y sus agentes.

EL FEMINICIDIO EN LA LEY PENAL

Varios son los países que tienen tipificado en sus códigos penales, el Femicidio como delito: Guatemala, Panamá, El Salvador, y recientemente Colombia. Es decir, la muerte violenta de una mujer por el hecho de serlo, sin ninguna otra connotación, independientemente de la existencia de relación o no entre agresor y víctima.

En Colombia fue aprobado por mayoría absoluta, el Proyecto de Ley No. 107 de 2013 - Senado, “por el cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”. Senadora ponente Gloria Inés Ramírez Ríos.

Tipificar el feminicidio como un delito autónomo, garantizar la debida diligencia, idoneidad y oportunidad en la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana en la prevención de la violencia feminicida.

Ante la necesidad de cuantificar los feminicidios que se cometen en Colombia como máxima expresión de la violencia contra las mujeres, propone la creación y puesta en marcha de un Sistema Nacional de Estadísticas sobre Violencia de Género.

Igualmente y ante la necesidad de que los operadores judiciales adelanten las investigaciones y el juzgamiento de la violencia feminicida, teniendo en cuenta el contexto social donde se desarrolla el *continuum* de violencias contra las mujeres, prevé la creación de una Unidad Especial de Fiscalía y la asistencia técnico-legal gratuita y oportuna para las sobrevivientes y familiares de las víctimas.

En Panamá, la Ley 82 de 2013, expresa en su artículo 1. “Esta Ley tiene

por objeto garantizar el derecho de las mujeres de cualquier edad a una vida libre de violencia, proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia en un contexto de relaciones desiguales de poder, así como prevenir y sancionar todas las formas de violencia en contra de las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado.

Artículo 2. Esta Ley se aplicará cuando las conductas descritas en ella se dirijan contra una mujer de cualquier edad, por el solo hecho de ser mujer, en un contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado y en cualquier otro tipo de relación, ya sea laboral, docente, académica, comunitaria o de cualquier índole.

La Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia sobre la mujer de Guatemala que lo define como “Muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres” y la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, de El Salvador que regula el “Femicidio”. En el artículo 45, se dice que es un delito que consiste en dar muerte a una mujer “mediando motivos de odio o menosprecio a su condición de mujer”. La propia Ley da una definición auténtica de lo que ha de entenderse por “motivos de odio o menosprecio a la condición de mujer” incluyendo bajo tal terminología las siguientes situaciones:

Que hayan existido actos anteriores de violencia cometidos por el autor contra esa mujer aunque no hayan sido denunciados;

Que haya aprovechamiento por parte del autor de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima,

- Aprovechamiento de su superioridad;

- Por último, que antes de darle muerte, el autor haya cometido algún acto contra la libertad sexual de la víctima o haya procedido a su mutilación.

Si el autor tiene algún vínculo de familiaridad con la víctima lo considera Femicidio agravado (art. 46) y, además, en el art. 48 se regula una nueva figura delictiva: el “suicidio feminicida por inducción o ayuda” considerándose por tal la inducción al suicidio o prestación de ayuda para cometerlo cuando ha precedido cualquier tipo de violencia por el inductor contra la víctima o se ha aprovechado de una situación de vulnerabilidad como consecuencia de la violencia precedente o de la superioridad frente a la víctima por cualquier relación.

De las diferentes modalidades de Femicidio, el común a todos los Estados es el que se comete en el ámbito privado, en el contexto familiar o de la unidad doméstica, es decir, el denominado Femicidio íntimo.

Dentro de esta modalidad las estadísticas nos dicen que en la mayoría de los casos la relación que una o unía a agresor y víctima era la de matrimonio o de análoga relación de afectividad, con o sin convivencia y precisamente a este supuesto se refiere exclusivamente la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres de Costa Rica (Ley N° 8589), pero con matices; efectivamente, en esta ley se describe el femicidio como el acto de “dar muerte a cualquier mujer con la que el agresor mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”, es decir, se refiere solo a algunos de aquellos supuestos de Femicidio íntimo en los que el agresor es, en el momento de quitarle la vida a la mujer, su marido o pareja de hecho, quedando fuera aquellas en las que el agresor fue marido o pareja, es decir, si el hecho se produce tras la ruptura de la relación (momento en el que, como es sabido, se incrementa el riesgo de padecer estos actos, por el sentimiento de pérdida de “su propiedad” por parte del

agresor), no es aplicable este tipo delito, y tampoco lo es si el agresor es o fue el novio de la víctima, o tiene con la agredida otra relación familiar.

De igual manera, la Ley N° 20480 de Chile por la que se “Modifica el Código Penal y la Ley N° 20066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio”, modifica el art. 390 del Código Penal que regula el delito de parricidio pero solamente para denominar a tal delito femicidio, “si la víctima (...) es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor”.

El femicidio sexual, en serie o no, ha sido recogido en la reciente reforma del CP mexicano (DF) efectuada por el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones al Código Penal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”, de 27 de julio de 2011, al introducir en el art. 148 bis de la ley sustantiva, el delito de femicidio definiendo como tal el acto de privar de la vida a una mujer por razones de género. Y dice que “Existen razones de género cuando se presente cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida;
- III. Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público;
- V. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento”.

Este delito se castiga con pena de 20 a 50 años de prisión y, si entre el sujeto activo y la víctima existió una relación sentimental, afectiva o de

confianza, de parentesco, laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad, en cualquiera de los supuestos relacionados anteriormente, se impondrán de 30 a 60 años de prisión.

El femicidio en tiempos de guerra, ha sido regulado en Colombia con la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra la mujer, se reforman el Código Penal, el de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, en la que tras definir la violencia de género y, sin mencionar el término femicidio, castiga más gravemente el homicidio cuando se comete por el solo hecho de ser la víctima una mujer (Art. 103 y 104-11 del CP) y modifica el artículo 135 del mencionado CP para castigar el “Homicidio en persona protegida” estableciendo una agravación si el delito se “cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

El propio Código Penal define el “homicidio de persona protegida” como la muerte dolosa de una persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, si aquella se comete con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, y, son personas protegidas para esta Ley, conforme al derecho internacional humanitario:

- “1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.

La tendencia legislativa de incorporar el delito de femicidio como un tipo penal especial, sigue manifestándose y así se ha elevado al Senado y Cámara de Diputados de Argentina, el día 14-2-2011 un proyecto de ley para “La incorporación de la figura del Femicidio en el Código Penal de la Nación”; en este se propone la modificación del art. 80 de dicho Código para castigar como reo de homicidio, con las penas de reclusión perpetua o prisión perpetua, “al que matare a una mujer mediante violencia de género, cuando esta fuera ejercida por un hombre” y se establece la agravación de la pena si la mujer fuera ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable (Arts. 80 y 82).

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por Resolución de la Asamblea General de las N.U. 48/104 del 20 diciembre 1993, la que define la violencia de género como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Y “abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la

intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

En el mismo sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Pará adoptada en 1994 por la Organización de Estados Americanos, en el art. 2 define la violencia sobre la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” e “incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”

26. “El artículo 26. Modifíquese el numeral 1 y adiciónese el numeral 11 al artículo 104 de la Ley 599 de 2000, así:

1. ‘Aparte subrayado condicionalmente exequible’. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que

de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica, de la intimidad familiar, bajo el supuesto de no admitir la intromisión de ajenos”.

La violencia contra la mujer entonces es un hecho histórico y sociológico que puede desencadenar en la muerte, conocido este fenómeno con los nombres de homicidio, femicidio y feminicidio.

HOMICIDIO, FEMICIDIO O FEMINICIDIO

El artículo 103 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, expresa: *Homicidio*. El que matare a otro, incurrirá en prisión de 13 a 25 años.

En el artículo 104 del mismo Código Penal se señala: *Circunstancias de agravación*. La pena será de 25 a 40 años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

De tal manera que para la justicia penal colombiana, la muerte de una mujer es un homicidio que se agrava, cuando existe un parentesco o afinidad entre víctima y victimario.

Sin embargo y dada la gravedad del fenómeno y las consecuencias que este trae para la sociedad y la familia, la teoría, es decir la doctrina y últimamente la jurisprudencia, han avanzado llamando en primer término, a los homicidios que se cometen contra la mujer, por el hecho de pertenecer al sexo femenino, femicidio.

Se define entonces el femicidio como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres” o de otra manera, como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”.

También es definido por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos lo define como la muerte violenta de mujeres (asesinato, homicidio o parricidio), por el hecho de ser mujeres.

En el plano teórico se viene admitiendo que el femicidio es “el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género, que ocurre tanto en el ámbito privado como público y comprende aquellas muertes de mujeres a manos de sus parejas o exparejas o familiares, las asesinadas por sus acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer y quedaron atrapadas en la acción femicida”.

Queda claro entonces que no se trata de cualquier asesinato, u homicidio, es la muerte VIOLENTA de una mujer cometida por un hombre por el simple hecho de ser mujer, independientemente si se hace en un espacio privado o público y que haya existido o no relación social o sexual entre el agresor y la víctima. “No se trata de cualquier crimen, sino de un asesinato de odio alimentado por el orgullo y la vanidad machista”.

Algunas feministas, señalan que el homicidio es el más claro ejemplo de la forma en que los hombres poseen, aprisionan y violentan a las mujeres”.

De acuerdo con el Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio, este se refiere “al asesinato de mujeres por parte de hombres que las matan por el hecho de ser mujeres. Los femicidios son asesinatos motivados por la misoginia, porque implican el desprecio y el odio hacia las mujeres”.

Al avanzar en el estudio, los tratadistas ampliaron el significado del concepto y le cambiaron el nombre al agregar un ingrediente nuevo: la pasividad, la omisión o indiferencia del Estado para este fenómeno, que en los

tiempos actuales se le ha ubicado como una enfermedad pública, proyectándose del campo penal al ámbito sociológico y de la medicina.

El feminicidio se entiende como un fenómeno social, cultural y político que atenta contra la vida de las mujeres y que, por desgracia, ha adquirido Carta de Naturalidad en Colombia.

Con el desarrollo de la teoría el feminicidio no es, tan solo, un crimen pasional, como lo califican algunos medios de comunicación, tampoco es una situación que provocan las mujeres (“ella se lo buscó”, dicen algunos). Es un fenómeno que adopta una forma continua de violencia sexual y donde prevalecen los actos violentos, los motivos, el desequilibrio de poder entre los sexos en las esferas económicas, políticas y sociales. Como podemos ver, no se trata de cualquier homicidio, sino de un crimen muy conocido y extendido en América Latina y muy especialmente en Colombia.

REFERENCIAS

- Acero Álvarez, A. Centro de Referencia Nacional sobre Violencia - CRNV
División de Referencia de Información Pericial - DRI.
- Acosta Téllez, N. (1998). *Maltrato infantil. Un reto para el próximo milenio*.
Editorial Científico-Técnico.
- ONU. Asamblea General, 2006.
- Bachoffen, J. J. (1861). *El matriarcado: una investigación sobre el carácter religioso y jurídico del matriarcado en el mundo antiguo*.
- Bobbio & Mateucci (1986).
- Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.
- Convención Belem do Pará adoptada en 1994 por la Organización de Estados Americanos.
- Comte, A. (1978). *Curso de filosofía Positiva*. México.

- Darwin, C. A. (2009). *La expresión de las emociones en el hombre y los animales*. México.
- Encarta® 2007. Alcoholismo: Microsoft® [DVD] Microsoft Corporation, 2006.
- Le Pley, P. F. (1970). *L'organisation de la famille selom le vrai modèle signalée 'per le histoire de toutes les races et de toutes les temps*. México: Aguilar.
- Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio
- ONU. Informe de la Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del decenio de las Naciones Unidas para la mujer: Igualdad, desarrollo y paz, Publicación de las Naciones Unidas.
- Resolución de la Asamblea General de las N.U. 48/104 del 20 diciembre 1993.
- Resolución de la Asamblea General No. 48/104 - Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer, 1999.
- Ruiz Medina, M. I. (2006). *Políticas Públicas en salud y su impacto en el seguro popular*. México.
- Russell, D. E. H. & Van de Ven, N. (1982). *Crimes against Women: The Proceedings of the International Tribunal*. San Francisco, California, Frog in the Well.
- Sánchez Pérez, R. (1995). *Las mujeres y su doble vida*. Trabajo de diploma en opción al título de licenciada en Psicología, Universidad de Las Tunas.
- Shulman, A. (2010). *La subida del femicidio*.